image
not
available

Digitized by Google

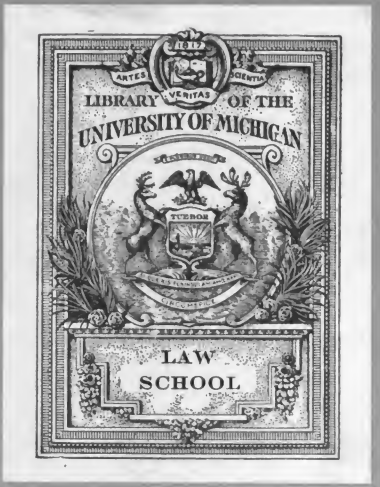
DEGENKOLB — DREI BEITRÄGE ZUM BÜRGERLIC

Digitized by Google

Digitized by Google

LAW LIBRARY
FL8
G3.9
D31
1905

Digitized by Google


ARTES
VERITAS
SCIENTIA
LIBRARY OF THE
UNIVERSITY OF MICHIGAN
TUEBOR
LAW
SCHOOL

FL8
G3.9
D31
1905

Drei Beiträge zum bürgerlichen Recht.

Digitized by Google

Drei Beiträge

zum bürgerlichen Recht.

Heinrich Degenkolb

zum fünfzigjährigen Doktorjubiläum

im Auftrag der Leipziger Juristenfakultät

dargebracht

von

R. Sohm, E. Hölder, E. Strohal.

Leipzig,
Verlag von Duncker & Humblot.
1905.

Digitized by Google

Alle Rechte vorbehalten.

Digitized by Google

Hochzuverehrender Herr Jubilar!

Indem wir Sie, hochverehrter Jubilar, herzlich beglückwünschen zur fünfzigsten Wiederkehr des Tages, an dem Sie an der Universität Berlin zum Doktor der Rechte promoviert wurden, wendet unser Blick sich notwendig zurück in die Vergangenheit.

Es ist ein weiter Weg, den Sie seither durchmessen haben, und er ist überall gezeichnet mit den Marksteinen unverdrossener, aber auch erfolgreicher Arbeit. Einer Arbeit, in der Ihre wissenschaftliche Persönlichkeit die reichste Entwicklung zeigt, ohne sich doch jemals zu verändern.

Von den historischen Forschungen, die Sie als jüngerer Genosse von Theodor Mommsen in der „Lex Hieronica“ und in „Platzrecht und Miethe“ niedergelegt haben, sind Sie vorgedrungen zu den grundlegenden dogmatischen Erörterungen über „Einlassungszwang und Urtheilsnorm“ und weiter zu den lebendigsten praktischen Fragen des modernen Rechts und haben mit erstaun-

141251

Digitized by Google

licher Vielseitigkeit des Geistes weit auseinanderliegende Gebiete der Ziviliſtik zu Ihrem Eigen gemacht.

Aber all diese weit verſtreuten Denkmäler Ihrer Tätigkeit tragen doch ein und dasſelbe Gepräge eines gereiften und geläuterten Geiſtes und eines Forſchungstriebs, der ſtets Neues und Bedeutendes zu ſagen weiß. Wer die lange Reihe Ihrer Arbeiten überblickt, findet keine einzige, die nicht eine notwendige Stufe des Fortſchritts bedeutete, und jede dieſer Stufen iſt feſt und verläßlich. Und darum iſt unter Ihren zahlreichen Schriften keine, die nicht den Charakter des Dauernden an ſich trüge. Wie alles Echte ſich erſt im Laufe der Zeiten voll bewährt, ſo zeigen Ihre Arbeiten noch jetzt, nach Dezennien, eine unverminderte Lebenskraft, die ſie fortwirken läßt, friſch wie heute geſchrieben. Ihre Studien über das ſizilianiſche Landrecht grüßen heute noch herüber wie ein Stück der Antike ſelbſt, und den Prozeſſualiſten

Digitized by Google

wird „Einlassungszwang und Urtheilsnorm" noch in späten Zeiten als eine der Pforten erscheinen, durch welche die verjüngte Prozeßwissenschaft ihren Einzug gehalten hat.

Vier Rechtsfakultäten, Berlin, Freiburg, Tübingen und Leipzig, nannten und nennen Sie den ihrigen, und wir dürfen wohl hinzufügen, daß am heutigen Tage die weitesten Kreise der deutschen Juristenwelt mit Stolz und Freude das Gleiche tun. Und wie könnte es anders sein! Verehren doch in Ihnen wir alle nicht bloß den Gelehrten und akademischen Lehrer, sondern auch die seltene Persönlichkeit, der es wie wenigen gegeben ist, durch die glückliche Verbindung von vornehmer Unabhängigkeit mit bescheidener Pflichterfüllung, strengem Ordnungssinn mit edler Herzensgüte Alle zu gewinnen.

So möge nicht bloß Ihr Jubeltag, sondern auch viele, die diesem folgen, Sie im Vollbesitz dieser selbstgeschaffenen Güter

Digitized by Google

finden. Empfangen Sie von uns allen, die wir das Glück haben, uns an Ihrer gesegneten Frische beständig zu erfreuen, die herzlichsten Glückwünsche und den Ausdruck innigster Verehrung, von der die nachstehenden Blätter das äußere Zeichen sind.

Leipzig, am 18. Juli 1905.

Die Juristenfakultät der Universität Leipzig.

Dr. Ludwig Mitteis,
derzeit Dekan.

Dr. Emil Friedberg. Dr. Karl Binding.
Dr. Adolf Wach. Dr. Rudolph Sohm.
Dr. Eduard Hölder. Dr. Emil Strohal.
Dr. Otto Mayer.

Digitized by Google

Inhaltsverzeichnis.

	Seite
Der Gegenstand. Ein Grundbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuches. Von Rudolph Sohm.	1— 90
Zur Theorie der Willenserklärung. Von Eduard Hölder	91—133
Grenzen der Urteilsrechtskraft bei betagter und bedingter Berechtigung. Ein Beitrag zur Lehre von der Rechtsnachfolge. Von Emil Strohal	135—166

Digitized by Google

Der Gegenstand.

Ein Grundbegriff
des
Bürgerlichen Gesetzbuches.

Von

Rudolph Sohm.

Digitized by Google

Lieber Freund!

Zu Deinem Jubeltag habe ich Dir dieſen kleinen Aufſatz geſchrieben. Es iſt immer Deine Art geweſen, neue, noch wenig betretene Wege zu gehen und Ziele zu zeigen, die jenſeits der den gewöhnlichen Horizont begrenzenden Berge liegen. Deinem Vorbilde möchte dieſer Verſuch wenigſtens inſofern nacheifern, als er ein bisher noch kaum bearbeitetes Thema zu ſeinem Vorwurf wählt. Derjenige „allgemeine Teil“ unſeres bürgerlichen Rechts, der nicht in dem „allgemeinen Teil“ des Geſetzeswerkes enthalten, ſondern in den Tiefen der fünf Bücher verborgen ruht, dürfte noch in mannigfacher Hinſicht des erſten Erforſchers harren. Hier habe ich verſucht, einen Beitrag zu liefern. Deiner freundlichen Teilnahme darf ich bei ſolchem Beginnen ſicher ſein.

Es iſt nur ein beſcheidener „Gegenſtand“, den ich Dir als Angebinde darbringe. Die Geſinnung, mit der ich ihn Dir widme, ſoll das Beſte daran ſein.

In treuer Freundſchaft Dein

Rudolph Sohm.

Leipzig, im Juni 1905.

Digitized by Google

Inhalt.

		Seite
§ 1.	Begriff des Gegenstandes	5
§ 2.	Verfügungsgeschäft. Verfügung	7
§ 3.	Körperliche Gegenstände	16
§ 4.	Unkörperliche Gegenstände	20
§ 5.	Nichtgegenstände	24
§ 6.	Ursprünglicher und abgeleiteter Rechtserwerb	31
§ 7.	Gesamtnachfolge	38
§ 8.	Sondernachfolge	43
§ 9.	Rechtserwerb vom Nichtberechtigten	49
§ 10.	Arten der Rechtsgemeinschaft	60
§ 11.	Die Mitberechtigung	63
§ 12.	Die Gesamtberechtigung	65
§ 13.	Rechte an Rechten	73
§ 14.	Fruchtbegriff	77
§ 15.	System der Rechte nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche	82

Digitized by Google

§ 1.

Begriff des Gegenstandes.

Der Begriff des Gegenstandes ist vom BGB. neu eingeführt worden. Er zählt zu den Grundbegriffen unseres Gesetzbuches. In der Literatur hat er trotzdem bis jetzt keine Bearbeitung gefunden. Man hört nur, daß Gegenstand einen „Rechtsgegenstand", also einen möglichen Gegenstand von Rechten bedeute[1]), und daß der Ausdruck Gegenstand „Sachen und Rechte" zusammenfassend bezeichne[2]). Es leidet keinen Zweifel, daß beide Sätze unrichtig sind. Es gibt Rechtsgegenstände, die doch im Sinne des BGB. keine Gegenstände sind: die Handlung kann Gegenstand eines Forderungsrechts, die Person Gegenstand eines familienrechtlichen Rechtes sein, aber Handlungen und Personen sind keine Gegenstände im Sinne des BGB. Zum andern: bei weitem nicht alle Rechte zählen zu den Gegenständen des BGB. Beides wird sich bald als zweifellos ergeben.

---

[1]) Diese Anschauung ist allgemein verbreitet. Vgl. z. B. Dernburg, Bürg. R. Bd. 3 (2. Aufl.) S. 2. Crome, System des Bürg. R. Bd. 1 S. 273. Kipp bei Windscheid Pand. 8. Aufl. Bd. 1 S. 607. Es pflegt deshalb, wenn der Begriff des Gegenstandes nach dem BGB. berührt wird, erörtert zu werden, wieweit eine Person oder eine Handlung „Gegenstand" eines Rechtes oder Rechtsverhältnisses sein könne. So bei Crome a. a. O. Rehbein, BGB. Bd. 1 S. 73. Hölder, Allg. Teil S. 203. 204.

[2]) So z. B. Planck, BGB. Bd. 1 (3. Aufl.) Vorbem. zu § 90 S. 160. Zitelmann, Allg. Teil S. 76. — Bei Leonhard, Allg. Teil (1900) S. 158, schon vorher bei Weißbart, Das Befriedigungsrecht Dritter in der Zwangsvollstreckung nach § 268 des BGB. (1899) S. 18 wird Gegenstand zutreffend als „Vermögensstück" definiert. Weißbart gibt auf S. 25 ff. eine Erörterung über „Rechte an Gegenständen". Leonhard unterscheidet körperliche und unkörperliche Gegenstände. Doch fehlt auch bei diesen beiden Schriftstellern eine Untersuchung des Begriffs.

Digitized by Google

Der Begriff des Gegenstandes hängt im BGB. untrennbar mit dem Begriff des Verfügungsgeschäftes zusammen. Verfügungsgeschäfte sind Rechtsgeschäfte über Gegenstände, und nur über Gegenstände kann verfügt werden. Das zeigt ein Blick in das BGB. Die Verfügung tritt nicht auf, ohne den „Gegenstand" mit sich zu führen. Man vgl. z. B.:

135: verstößt die Verfügung über einen Gegenstand gegen ein gesetzliches Veräußerungsverbot —.

161: hat jemand unter einer aufschiebenden Bedingung über einen Gegenstand verfügt, so ist jede weitere Verfügung, die er während der Schwebezeit über den Gegenstand trifft —.

185: eine Verfügung, die ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand trifft — wird wirksam — wenn der Verfügende den Gegenstand erwirbt; wenn über den Gegenstand mehrere Verfügungen getroffen worden sind —.

816: trifft ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand eine Verfügung —.

2040: die Erben können über einen Nachlaßgegenstand nur gemeinschaftlich verfügen.

Verfügt wird über Gegenstände, und jedes Verfügungsgeschäft bezieht sich nur auf je einen Gegenstand. Über mehrere Gegenstände kann ein einziges Verpflichtungsgeschäft (z. B. Kaufgeschäft) geschlossen werden. Aber es kann nicht durch ein einziges Verfügungsgeschäft über mehrere Gegenstände verfügt werden[3]). Unmöglich können mehrere Sachen durch ein Veräußerungsgeschäft veräußert, durch ein Belastungsgeschäft belastet werden. Für jeden

[3]) Möglich ist, daß die Wirkung einer Verfügung auf andere Gegenstände sich erstreckt. So „erstreckt sich" im Zweifel die Wirkung der Auflassung auf das Zubehör (926); die Hypothek „erstreckt sich" auf Erzeugnisse und andere Gegenstände (1120 ff.): mit der abgetretenen Forderung gehen die Nebenrechte über (401). Unmöglich aber ist, daß die Verfügung über einen Gegenstand als solche ein Verfügungsgeschäft auch über einen anderen Gegenstand bedeute: das Zubehör ist nicht aufgelassen, die Erzeugnisse sind nicht verhypothekiert, die Nebenrechte der Forderung sind nicht abgetreten.

Digitized by Google

Gegenstand bedarf es eines besonderen Verfügungsgeschäftes[4]). Soviel Gegenstände, soviel Verfügungsgeschäfte. Eine Verfügung, ein Gegenstand. Damit ist der Begriff des Gegenstandes im Sinne des BGB. gegeben: Gegenstand im Rechtssinn ist nicht der Rechtsgegenstand als solcher, sondern was *Gegenstand eines Verfügungsgeschäftes sein kann* (der Verfügungsgegenstand). Die Gegenstände im Sinne des BGB. sind die Gegenstände *des verfügungsgeschäftlichen Verkehrs*.

§ 2.

Verfügungsgeschäft. Verfügung.

Hier muß ein Wort über die Verfügungsgeschäfte eingeschaltet werden.

Verfügungsgeschäft ist (darin beruht das grundlegende Begriffsmerkmal) ein die Rechtslage (die Zuständigkeit, die Art des Daseins) eines bestimmten Gegenstandes unmittelbar änderndes Rechtsgeschäft[1]).

---

[4]) Vgl. 1085: „Der Nießbrauch an dem Vermögen einer Person kann nur in der Weise bestellt werden, daß der Nießbraucher den Nießbrauch an den *einzelnen* zu dem Vermögen gehörenden *Gegenständen* erlangt." Das Vermögen ist kein Gegenstand im Sinne des BGB. Über das Vermögen kann als Einheit nicht verfügt werden, weder durch Veräußerungsgeschäft noch durch Belastungsgeschäft (Verfügungen von Todes wegen sind keine Verfügungsgeschäfte im Sinne des BGB.). Soviel Vermögensgegenstände, soviel Verfügungsgeschäfte (Nießbrauchsbestellungsgeschäfte). Nur *wirtschaftlich* kann eine Summe von Verfügungsgeschäften eine Einheit bilden, und diese *wirtschaftliche* Zusammengehörigkeit einer gewissen Gruppe von Verfügungen hat *ausnahmsweise* rechtliche Wirkung. So bei Bestellung eines Nießbrauches „am Vermögen" (1086 ff.) oder an einem „Grundstück samt Inventar" (1048).

[1]) Die von der herrschenden Lehre angenommene Begriffsbestimmung lautet bei *Planck* Bd. 1 (3. Aufl.) S. 185: unter Verfügung „werden diejenigen Rechtsgeschäfte verstanden, durch welche unmittelbar ein Recht übertragen, belastet, geändert oder aufgehoben wird". Auszusetzen ist an dieser Begriffsbestimmung, daß sie als Gegenstand der Verfügung allgemein ein „Recht" bezeichnet. Die rechtsgeschäftliche Änderung, Aufhebung eines Rechts des Personenrechts, z. B. die Einschränkung oder Aufhebung der ehemännlichen Nutznießung und Verwaltung durch während der Ehe geschlossenen Ehevertrag, ist keine Verfügung, vgl. weiter unten den Text. Nur die rechtsgeschäftliche

Digitized by Google

Früher wurden Geschäfte solcher Art wohl dingliche Rechtsgeschäfte genannt. Der Ausdruck ist etwas zu eng, weil es Verfügungsgeschäfte auch außerhalb des Gebietes der dinglichen Rechte gibt, z. B. die Abtretung, die Aufhebung eines Forderungsrechts. Gemäß dem Sprachgebrauche des BGB. können die Verfügungsgeschäfte gegenständliche Rechtsgeschäfte genannt werden. Damit ist ihr Gegensatz gegen die Verpflichtungsgeschäfte deutlich ausgedrückt. Die Verpflichtungsgeschäfte ändern immer nur die Rechtslage einer bestimmten Person, niemals die Rechtslage eines bestimmten Gegenstandes.

Verfügungsgeschäfte gibt es nur im Vermögensverkehr unter Lebenden. Verfügungen von Todes wegen sind keine Verfügungsgeschäfte im Sinne des BGB.[2]): der Nachlaß ist kein Gegenstand. Ebenso sind alle Rechtsgeschäfte des Personenrechts von der Zahl der Verfügungsgeschäfte ausgeschlossen, auch dann, wenn sie eine unmittelbare Änderung vermögensrechtlicher (besser: güterrechtlicher)[3]) Verhältnisse herbeiführen. Der Verzicht auf die elterliche Nutznießung (1662), der Erbvertrag, die Ausschlagung einer Erbschaft sind personenrechtlicher Natur und darum keine Verfügungsgeschäfte:

Änderung, Übertragung usw. von Rechten, welche Gegenstände sind, fällt unter den Begriff des Verfügungsgeschäfts.

[2]) Die entscheidende Beweisstelle steht 1395: die Frau bedarf zur „Verfügung" über eingebrachtes Gut der Einwilligung des Mannes. Es ist zweifellos, daß die Frau trotzdem von Todes wegen frei verfügen kann.

[3]) Es gibt güterrechtliche Wirkungen von Personenrechtsverhältnissen: von Familienverhältnissen (das eheliche, elterliche, vormundschaftliche Güterrecht); von Mitgliedschaftsverhältnissen (das verbandsrechtliche Güterrecht, das Güterrecht der gesamten Hand). Diese güterrechtlichen Wirkungen bedeuten als solche keine Vermögensrechte (die ehemännliche Nutznießung ist kein Nießbrauch), wenngleich Vermögensrechte aus ihnen entspringen können (z. B. das Eigentum des Mannes an den Früchten, die Forderung des Mitglieds auf fälligen Gewinn). Niemals aber haften diese güterrechtlichen Wirkungen an einem bestimmten Gegenstande als solchem; sie haften an der Person und den jeweilig unter das personenrechtliche Verhältnis fallenden (z. B. der Ehefrau gehörenden) Gegenständen. Durch gültige Veräußerung von eingebrachtem Frauengut wird der veräußerte Gegenstand von der ehemännlichen Nutznießung frei. Zum personenrechtlichen Güterrecht gehört das gesamte Erbrecht: es betrifft die Wirkung des Familienverbandes (der Sippe, während das Familienrecht im engeren Sinne vom Hause handelt) auf das Vermögen.

Digitized by Google

sie wirken auf die güterrechtliche Rechtslage einer bestimmten Person, nicht auf die Rechtslage eines bestimmten Gegenstandes (vgl. 1406. 1453).

Verfügungsgeschäfte im eigentlichen engeren Sinn (echte Verfügungsgeschäfte) sind (darin beruht das zweite Begriffsmerkmal) Zuwendungsgeschäfte, d. h. durch gegenständliche Rechtsänderung den Geschäftsgegner einseitig bereichernde Rechtsgeschäfte. Sie sind Rechtsgeschäfte ausschließlich zu gegnerischen Gunsten. Sie bewirken das pauperiorem fieri des einen, das locupletiorem fieri des anderen, und sie sind um dieser Wirkung willen abgeschlossen[4]). Nur derjenige, zu dessen Lasten das Geschäft wirkt, hat die Rolle des Verfügenden; der andere nur die Rolle des Erwerbenden. Die echten Verfügungsgeschäfte sind (ihrer Wirkung nach) einseitige Verfügungsgeschäfte: es verfügt nur der eine Teil.

Das Gebiet dieser echten Verfügungsgeschäfte ist zugleich (in der Hauptsache) das Gebiet der Rechtssätze vom Rechtsgrunde der Vermögenszuwendung (causa)[5]). Der Inhalt dieser Geschäfte ist

[4]) Solche echte Verfügungsgeschäfte sind: die Veräußerung, die Belastung eines Gegenstandes, die Aufhebung, die Inhaltsänderung bezw. Rangänderung eines Vermögensrechts (Gegenstandes) zu Gunsten des anderen.

[5]) Gewöhnlich faßt man den Begriff der causa und des Kausalgeschäfts viel weiter: so weit, daß die verschiedensten eine Rechtsänderung begründenden Tatbestände unter den Begriff der causa fallen. (Das gilt auch von den eigenartigen und beachtenswerten Ausführungen von Stampe, Das causa-Problem [1904] und in Zeitschr. f. Handelsr. Bd. 55 S. 1 ff.) Ich glaube, daß größere Klarheit durch die (schon von anderen, z. B. Zitelmann, Allg. Teil S. 129 ff.; Leonhard, Allg. Teil S. 264 ff. vertretene) Beschränkung des Begriffs der causa auf eine bestimmte Art der Rechtsänderung erreicht wird. Außer den echten Verfügungsgeschäften fallen unter die Rechtssätze von der causa nur noch die abstrakten einseitigen Verpflichtungsgeschäfte: auch diese sollen reine Zuwendungsgeschäfte (Leistungsgeschäfte) sein und darum „selbständig" verpflichten (780). Für die Verpflichtungsgeschäfte gilt sonst der Satz, daß sie kausal sind: sie sind durch ihren Inhalt rechtlich verständlich (durch ihren Inhalt rechtlich motiviert), und ausschließlich durch diesen ihren Inhalt bestimmt sich ihre rechtliche Wirkung, so daß eine von ihrem Inhalt zu unterscheidende causa nicht vorhanden ist. Nur die eigentlichen Verfügungsgeschäfte sind grundsätzlich abstrakt (aus ihrem Inhalt rechtlich unverständlich), und auch hier gibt es eine Ausnahme: Verpfändung und Bestellung einer Hypothek (anders die Bestellung einer Grundschuld oder Rentenschuld) sind kausale Verfügungsgeschäfte (vgl. Zitelmann S. 129): sie sind aus ihrem Inhalt rechtlich verständlich und

Digitized by Google

abstrakt: sie sind reine Zuwendungsgeschäfte. Sie enthalten nur die Zuwendung. Sie sind, mit einer einzigen Ausnahme[6]), Verträge, bewirken also gegenständliche Rechtsänderung durch erklärte Willensübereinstimmung. Aber zum Tatbestand des Verfügungsgeschäfts gehört nur die Übereinstimmung über die Rechtsänderung selbst, nicht auch die Übereinstimmung über die causa der Rechtsänderung. Aus ihrem eigenen Inhalt heraus sind die echten Verfügungsgeschäfte nicht bloß wirtschaftlich, sondern auch rechtlich unverständlich. Die mit ihnen beabsichtigte Rechtswirkung kann verschiedener Art sein (Schenkungswirkung, Zahlungswirkung usf.). Welche Art der Rechtswirkung aber gewollt ist, kann aus der Zuwendung selber nicht entnommen werden. Diese reinen Zuwendungsgeschäfte (Verfügungsgeschäfte) sind nur *Element* eines rechtlich verständlichen Tatbestandes (eines Schenkungstatbestandes, eines Zahlungstatbestandes usf.). Sie bedürfen der Ergänzung durch ein Kausalgeschäft, d. h. durch die Einigung über die causa. Rechtsgrund, causa ist der Grund einer einseitigen Zuwendung[7]), welcher die Zuwendung *rechtlich* verständlich macht, indem er über die rechtliche *Art* der Zuwendung (ob Schenkungszuwendung oder Zahlungszuwendung usf.) Aufschluß gibt und damit zugleich über ihre rechtliche Wirkung entscheidet. Kommt ein gültiges Kausalgeschäft nicht zustande, so ist das Verfügungsgeschäft ohne rechtlichen Grund (es entbehrt der bestimmten Art, ist damit überhaupt ohne rechtlichen Sinn), und kann die Zuwendung nach den Vorschriften von der ungerechtfertigten Bereicherung zurückgefordert werden (812).

---

wirken nur nach Maßgabe dieses Inhalts. Auch diese Verfügungsgeschäfte enthalten eine einseitige *Zuwendung* (insofern fallen sie unter den Begriff der echten Verfügungsgeschäfte), aber sie enthalten keine *rechtlich* bereichernde Zuwendung, so daß sie insofern eine Sonderstellung einnehmen: hier gibt es keine causa, die von dem Inhalt unterschieden werden könnte und folgeweise kein Kausalgeschäft, welches die Art der mit der Verfügung verbundenen Rechtswirkung verschieden zu bestimmen imstande wäre.

[6]) Die Aufhebung eines begrenzten dinglichen Rechts erfolgt durch empfangsbedürftiges einseitiges Rechtsgeschäft (875. 1064. 1255).

[7]) Durch Verfügungsgeschäft bezw. abstraktes Verpflichtungsgeschäft.

Digitized by Google

Auf die echten Verfügungsgeschäfte finden alle Vorschriften des BGB. von der Verfügung uneingeschränkte Anwendung: die Rechtssätze von der causa der Verfügung, von der Verfügung des Berechtigten, von der Legitimation und von der Verfügung des Nichtberechtigten.

Neben den echten Verfügungsgeschäften gibt es andere „Verfügungen", d. h. Tatbestände mit Verfügungswirkung, welche teils gleichfalls rechtsgeschäftlicher Art (Verfügungsgeschäfte im weiteren Sinn), teils keine Rechtsgeschäfte sind (Zwangsverfügungen).

Verfügungsgeschäfte im weiteren Sinne sind gewisse Gestaltungsgeschäfte[8]), die wir verfügende Gestaltungsgeschäfte nennen können. Von der herrschenden Lehre werden sie einfach den Verfügungsgeschäften zugezählt[9]). Sie bilden aber eine besondere Gruppe für sich. Gestaltungsgeschäfte sind Rechtsgeschäfte zu

---

[8]) Den Ausdruck Gestaltungsgeschäft bilde ich im Anschluß an Seckel, die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts, in der Festgabe der juristischen Gesellschaft zu Berlin für R. Koch (1903) S. 205 ff. Ich hatte bisher für meinen Privatgebrauch die Bezeichnung Bestimmungsrecht und Bestimmungsgeschäft. Aber der Ausdruck Seckels ist gerade so gut. Den Umkreis der Gestaltungsrechte und Gestaltungsgeschäfte glaube ich teilweise etwas anders, und zwar enger, als Seckel (vgl. dessen Aufzählung S. 207 Anm. 2) ziehen zu müssen. In der Aneignung vermag ich z. B. überhaupt kein Rechtsgeschäft, folglich auch kein Gestaltungsgeschäft, zu erblicken. Auch die Ausschlagungsrechte, z. B. das Recht, die Erbschaft, ein Vermächtnis, ein Forderungsrecht (333) auszuschlagen, zähle ich nicht zu den Gestaltungsrechten. Ich glaube, daß es richtiger ist, als Gestaltungsrechte nur diejenigen Rechte zusammenzufassen, die durch einseitiges empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft zu Lasten des Gegners ausgeübt werden. Nur für diesen Kreis von Rechten und Rechtsgeschäften dürfte es möglich sein, hinlänglich bestimmte Rechtssätze aufzustellen. Den Gestaltungsrechten treten die Gestaltungsklagerechte (z. B. das Scheidungsklagerecht) als verwandte Bildungen zur Seite. In der Hauptsache aber bietet die Ausführung Seckels eine wertvolle, für den weiteren Ausbau der Lehre bedeutsame Grundlage.

[9]) So erscheinen überall Kündigung und Aufrechnung in einer Reihe mit den echten Verfügungsgeschäften, vgl. z. B. Planck Bd. 1 S. 186; Dernburg, Bürg. R. Bd. 1 § 112; Endemann, Lehrb. des bürg. R. Bd. 1 (8. Aufl.) § 62 Anm. 19. Der Sinn, in dem Hellwig, Wesen der Rechtskraft (1901) S. 98 das Wort „Verfügung" gebraucht, geht, wie er selbst (Anm. 10) bemerkt, über den Begriff der Verfügung des BGB. weit hinaus.

Digitized by Google

gegnerischen Lasten. Sie sind, mit nur zwei Ausnahmen[10]), empfangsbedürftige einseitige Rechtsgeschäfte. Der Erklärende gestaltet, ändert durch seine alleinige Erklärung die Rechtslage des Erklärungsempfängers. Die Gestaltungsgeschäfte sind in ihren Wirkungen sehr verschieden. Ihre Wirkung kann die Vernichtung eines Rechtsgeschäfts[11]), die Erzeugung eines Verpflichtungsverhältnisses[12]), auch die Änderung der Rechtslage eines bestimmten Gegenstandes sein. Diese letzteren, gegenständlich wirkenden Gestaltungsgeschäfte sind Gestaltungsgeschäfte mit Verfügungswirkung, verfügende Gestaltungsgeschäfte. Beispiele sind die Aufrechnung, die (Fälligkeit herbeiführende) Kündigung, die Mahnung, die Bestimmung der unbestimmten Leistung, die Wahl des Wahlberechtigten, die „Verfügung" des Absenders, die Fristsetzung. Die genannten Rechtsgeschäfte bewirken die Aufhebung bezw. die Änderung eines bestehenden Forderungsrechts (d. h. eines Gegenstandes) zu Lasten des Gegners, mittelbar in der Regel auch zu eigenen Lasten[13]). Sie haben (in der Regel) zweischneidige Verfügungswirkung: zu Lasten und zu Gunsten beider Teile. Der Empfänger muß daher der richtige Empfänger sein. Durch seinen Empfang ist er Verfügender in bezug auf die zu gunsten des andern eintretende Rechtswirkung[14]). Beide Teile sind sich gegenseitig Rechtsnachfolger in bezug auf die ihnen günstige Wirkung[15]). Für beide Teile gilt daher das Erfordernis der Verfügungsberechtigung (vgl. 1403). Für beide Teile

---

[10]) Die Ausnahmen sind Wandelung und Minderung: hier bedarf es des Vertrages (465).

[11]) Beispiele: der Rücktritt, die Anfechtung, der Widerruf einer Schenkung.

[12]) Beispiele: die Ausübung des Vorkaufsrechts, des Wiederkaufsrechts.

[13]) Zu Lasten des Aufrechnenden, der zugleich seine eigene Forderung verliert, des Kündigenden usf., der die Änderung des Forderungsrechts auch gegen sich selber gelten lassen muß. Nur wenn ein Dritter bei unbestimmter Leistung das Bestimmungsrecht hat, bestimmt er zu Lasten nicht seiner selber, sondern der beiden Vertragsteile (er verfügt über fremdes Recht), weshalb die Anfechtung nicht ihm, sondern den Vertragsteilen zuständig ist (318, 2).

[14]) Darum kann der Empfang unter Umständen abgelehnt werden, vgl. 174. 410. 1160, 2, auch 180.

[15]) Die Befreiung von der Forderung durch Aufrechnung bedeutet abgeleiteten Erwerb (Rechtsnachfolge) für beide Teile. Ebenso die Änderung der Forderung durch Kündigung einer zinsbaren Forderung, Wahl usw.

Digitized by Google

kann die Verfügungsberechtigung durch Legitimation ersetzt werden, so daß beide Teile in der Lage sein können, „Rechte von einem Nichtberechtigten herzuleiten“ [16]). Aber so wenig der Empfang, so wenig bedeutet die Erklärung ein Verfügungsgeschäft im eigentlichen Sinne. Diese Geschäfte „enthalten eine Verfügung“ [17]). Aber sie sind Gestaltungsgeschäfte, keine echten Verfügungsgeschäfte. Sie haben Verfügungswirkung; aber es fehlt der verfügungsgeschäftliche Tatbestand.

Soweit es sich um den Tatbestand handelt, finden daher die Rechtssätze von Gestaltungsgeschäften (nicht von Verfügungsgeschäften) auch auf die verfügenden Gestaltungsgeschäfte Anwendung. Das ist in zweierlei Hinsicht von Bedeutung: 1. Die verfügenden Gestaltungsgeschäfte sind keine abstrakten Geschäfte, weil sie keine (einseitigen) Zuwendungsgeschäfte sind. Sie sind rechtlich durch sich selbst verständlich und haben nur eine einzige Art der Rechtswirkung: die durch ihren Inhalt gegebene. Die Rechtssätze von der causa der Verfügungsgeschäfte besitzen daher für die verfügenden Gestaltungsgeschäfte keine Geltung. 2. Das Verfügungsgeschäft des Nichtberechtigten ist als solches unwirksam (die gewollte Wirkung kann durch das Verfügungsgeschäft als solches nicht herbeigeführt werden); aber es ist gültig, es ist als wirkungsfähig vorhanden und kann daher durch anderweitige Vorgänge, insbesondere durch Zustimmung des Berechtigten (d. h. des Verfügungsberechtigten) vollwirksam werden, bezw. wenn die Zustimmung im voraus erteilt war (Einwilligung), sofort vollwirksam sein (185). Für die Gestaltungsgeschäfte gilt das Gegenteil. Das Gestaltungsgeschäft des Nicht-

---

[16]) Daher finden die Rechtssätze von der Legitimation durch Grundbuch bezw. Erbschein Anwendung, wenn „zwischen“ dem Legitimierten und dem anderen ein verfügendes Gestaltungsgeschäft (z. B. Kündigung der Hypothek) vorgenommen ist, vgl. 893. 2367. Die Legitimation kann bei echten Verfügungsgeschäften immer nur für den einen, den Verfügenden, z. B. sein Recht Aufgebenden, bei diesen Gestaltungsgeschäften aber auch für den Empfänger der Erklärung (z. B. der Kündigung) in Frage kommen.

[17]) So drückt das Gesetz in 893. 2367 sich aus, wo zwar nicht ausschließlich, aber doch insbesondere an verfügende Gestaltungsgeschäfte gedacht ist.

Digitized by Google

berechtigten ist nichtig. Es kann auch durch Zustimmung, sei es Einwilligung, sei es Genehmigung des Berechtigten, nicht gültig werden[18]). Die Vorschriften in 185 finden auf Gestaltungsgeschäfte, auch auf verfügende Gestaltungsgeschäfte[19]), keine Anwendung. Die verfügenden Gestaltungsgeschäfte sind keine echten Verfügungsgeschäfte im Sinne des BGB.

Nur soweit es sich um die Verfügungswirkung handelt, finden die Rechtssätze von Verfügungsgeschäften auch auf die verfügenden Gestaltungsgeschäfte Anwendung. Auch für die verfügenden Gestaltungsgeschäfte gelten die Rechtssätze von der Legitimation des Nichtberechtigten zu gunsten des gutgläubigen Erwerbers. Auch für die verfügenden Gestaltungsgeschäfte gilt der Satz, daß sie gegenständliche Wirkung haben und nur in Bezug auf Gegenstände denkbar sind.

Ein nicht rechtsgeschäftlicher Tatbestand mit Verfügungswirkung ist die Zwangsverfügung durch Gesetz oder Richterspruch (bezw. sonstiger obrigkeitlicher Machtspruch). Sie liegt dann vor,

---

[18]) Ein nicht Anfechtungsberechtigter kann nicht mit Einwilligung des Berechtigten im eignen Namen anfechten, und ebenso kann ein nicht Aufrechnungsberechtigter nicht mit Einwilligung des Aufrechnungsberechtigten kraft fremden Forderungsrechtes im eigenen Namen aufrechnen: in beiden Fällen würde das Geschäft nichtig sein. Daher die Vorschrift in 770. Dagegen kann ein Nichtverfügungsberechtigter im eignen Namen mit Einwilligung des Verfügungsberechtigten voll wirksam verfügen (185, 1). Daß für die Kündigung und ähnliche einseitige Rechtsgeschäfte nachträgliche Genehmigung des Berechtigten ausgeschlossen ist, die Handlung vielmehr rechtlich bedeutungslos bleibt, ist bereits, nachdem Cosack, Bürg. R. Bd. 1 § 58 Ziff. 6c die Frage angeregt, von Rehbein, BGB. Bd. 1 S. 288; Planck, Bd. 1, 3. Aufl., S. 324. 325 zutreffend bemerkt worden. Aber auch mit Einwilligung des Berechtigten kann die Kündigung usw. nicht von einem Nichtberechtigten im eignen Namen vorgenommen werden: auf Gestaltungsgeschäfte findet nicht bloß der zweite, sondern auch der erste Absatz von 185 keine Anwendung. — Das Geschäft im Namen des Berechtigten ist natürlich nicht das Geschäft eines Nichtberechtigten.

[19]) Vgl. Anm. 18 bezüglich der Aufrechnung. Das gleiche gilt von der Kündigung, Wahl usw. Nur daß für die verfügenden Gestaltungsgeschäfte die Rechtssätze von der Legitimation eingreifen: das verfügende Gestaltungsgeschäft des Legitimierten bezw. mit dem Legitimierten ist gültig (vgl. Anm. 16). Der Legitimierte gilt zu Gunsten des Gutgläubigen dem Berechtigten gleich.

Digitized by Google

wenn durch Gesetz oder Richterspruch das Recht einer bestimmten Person übertragen oder belastet wird[20]), wenn also die durch Gesetz oder Richterspruch angeordnete unmittelbare Rechtsänderung hinsichtlich eines bestimmten Gegenstandes als auf Rechnung einer bestimmten Person eintretend gewollt ist[21]). Die Wirkung der Zwangsverfügung ist von der Verfügungsberechtigung desjenigen abhängig, auf dessen Rechnung Gesetz bezw. Richterspruch verfügen. Die Zwangsverfügung wirkt nur abgeleiteten Erwerb[22]). Nicht bloß die Rechtssätze von der causa, sondern auch die Rechtssätze von der Legitimation des Nichtberechtigten finden auf die Zwangsverfügung keine Anwendung[23]). Die Wirkung der Zwangsverfügung aber

---

[20]) Beispiele: 135, 1 Satz 2. 161, 1 Satz 2. 268, 3. 412. 774. 883, 2. 1143 usw.

[21]) Der gesetzliche Erwerb bildet nicht als solcher (wie z. B. Reichel in Iherings Jahrb. Bd. 46 S. 108 annimmt) den Gegensatz des Verfügungserwerbes. Er kann vielmehr eine Art des verfügungsmäßigen Erwerbes sein. Der Gegensatz des verfügungsmäßigen (abgeleiteten) Erwerbes ist der ursprüngliche (originäre) Erwerb. Der gesetzliche Sondererwerb (eines einzelnen Gegenstandes) ist ein ursprünglicher Erwerb, wenn er, wie z. B. die Ersitzung, ohne Rücksicht auf das Recht eines bestimmten anderen vor sich geht. Unzulässig ist es daher auch, mit Fuchs, Grundbuchrecht Bd. 1 S. 111 und Biermann, Widerspruch und Vormerkung S. 155 den gesetzlichen Erwerb (z. B. auch den Ersitzungserwerb) schlechtweg mit dem Verfügungserwerb gleichzusetzen; dagegen mit Recht Reichel a. a. O. Der gesetzliche Erwerb ist bald abgeleiteter (verfügungsmäßiger), bald ursprünglicher Erwerb, je nachdem der Erwerb auf Rechnung eines bestimmten Rechtsträgers angeordnet ist oder nicht.

[22]) Ausnahmen der Zuschlag, die Enteignung, die Einziehung. Hier soll aus öffentlichrechtlichen Gründen die obrigkeitliche Verfügung stärkere Wirkung als bloße Verfügungswirkung haben. Daß in diesen Fällen ursprünglicher Rechtserwerb (ohne Rechtsnachfolge im Sinne des bürgerlichen Rechts) vorliegt, wird vergeblich bestritten von Hellwig, Rechtskraft S. 97 Anm. 7.

[23]) Ob derjenige, zu dessen Lasten die Zwangsverfügung ergeht, legitimiert (z. B. die Fahrnis besitzt, im Grundbuch als berechtigt eingetragen) ist oder nicht, ist unerheblich. Der gutgläubige Erwerb vom Legitimierten tritt nur kraft rechtsgeschäftlichen Erwerbes ein. Einzige Ausnahme die gesetzlichen Pfandrechte, des Handelsrechts: HGB. 366, 3. — Anders, wenn das Urteil des Richters eine rechtsgeschäftliche Verfügung des Betroffenen ersetzt (CPO. 894. 897. 898), vgl. Hellwig, Anspruch und Klagerecht (1900) S. 450. 458. Die in Anm. 22 besprochenen Ausnahmefälle dagegen haben nichts mit den Rechtssätzen über Verfügung eines Nichtberechtigten zu tun; sie beruhen auf öffentlichrechtlichen Gründen.

Digitized by Google

(falls ihre Voraussetzungen vorliegen) ist gegenständlicher Natur. Sie wirkt unmittelbare Änderung der Rechtslage eines bestimmten Gegenstandes, und auch die Zwangsverfügung (z. B. die Pfändung, Zwangshypothek) ist nur in bezug auf Gegenstände möglich.

Maßgebend für den Rechtsbegriff des Gegenstandes sind die echten Verfügungsgeschäfte. Verfügende Gestaltungsgeschäfte und Zwangsverfügung haben den Begriff des Gegenstandes zur Voraussetzung; durch das Gebiet der echten Verfügungsgeschäfte aber wird der Begriff des Gegenstandes bestimmt.

§ 3.

Körperliche Gegenstände.

Es gibt körperliche und unkörperliche Gegenstände.

Körperliche Gegenstände sind die Sachen. Das Gesetz gibt selber den Rechtsbegriff der Sache mit den Worten: „Sachen im Sinne des Gesetzes sind nur körperliche Gegenstände" (90). Die allgemeine Meinung ist, daß durch die Legaldefinition lediglich die Körperlichkeit als für den Rechtsbegriff der Sache wesentlich zum Ausdruck gebracht werde. Man versteht „körperliche Gegenstände", als wenn geschrieben stünde „körperliche Dinge"[1]). Aber die Begriffsbestimmung des Gesetzes ist nicht so wenigsagend, wie angenommen wird. Nicht alle körperlichen Dinge sind Sachen im Rechtssinne[2]), sondern nur diejenigen, welche Gegenstände sind, d. h.

---

[1]) Charakteristisch ist, daß bei Dernburg, Sachenrecht (Bürg. R. Bd. 3) in der ersten Auflage (1898) S. 1 wörtlich zu lesen stand: Das BGB. versteht unter Sachen, wie § 90 ausdrücklich bestimmt, nur „körperliche Sachen" (in Aufführungszeichen); erst in der 2. Aufl. S. 2 ist wenigstens der Wortlaut des Gesetzestextes richtig gestellt, wenngleich allerdings im folgenden nach wie vor von „körperlichen Sachen" (als wenn es nach dem BGB. auch unkörperliche Sachen gäbe!) die Rede ist. — Bei Crome, System Bd. 1 S. 273 heißt es: „Sachen sind körperliche Gegenstände; alle anderen Dinge sind unkörperlich."

[2]) Man darf daher nicht mit Planck Bd. 1 (3. Aufl.) S. 160 Sache im Rechtssinn mit „Stück der unfreien Natur" gleichsetzen. Hölder, Allg. Teil S. 205 definiert Sache als „körperlichen Rechtsgegenstand, der nicht eine Person ist"; ebenso Enneccerus, Bürg. R. (3. Aufl.) Bd. 1 § 114 S. 282.

Digitized by Google

welche einen Gegenstand des verfügungsgeschäftlichen Verkehres bilden.

Die Welt des Verkehrs ist klein. Unzählig viele körperliche Dinge, ja weitaus die meisten, sind keine Sachen im Rechtssinne, weil sie entweder aus tatsächlichen Gründen[3]) oder durch die guten Sitten[4]) vom verfügungsgeschäftlichen Verkehr ausgeschlossen sind. Darum entscheidet denn auch über die Frage, was als einheitliche Sache anzusehen ist, nicht das körperliche Verhältnis als solches, sondern die Anschauung des Verkehrs. Was an körperlichen Dingen im Verkehr als einheitlicher Verfügungsgegenstand behandelt wird, ist eine Sache im Rechtssinne. Der körperliche Zusammenhang im naturwissenschaftlichen Sinne ist nicht notwendig[5]) und nicht genügend[6]). Soviel Verfügungsgegenstände im Verkehr, soviel Sachen im Rechtssinne[7]). Für Grundstücke ist der Grundbuchverkehr maßgebend. Soweit das Grundbuch nach Grundstücken (Realfolien)

Hier ist der Ausdruck Gegenstand beachtet, aber im Sinne vom Rechtsgegenstand verstanden (dagegen oben S. 5). Von „Herrschaftsgegenständen" sprechen Leonhard, Allg. Teil S. 156; Dernburg, Bürg. R. Bd. 3 S. 2; Kohler, Lehrb. d. bürg. R. Bd. 1 (1904) S. 449.

[3]) Sonne, Mond und Sterne, der Erdball, das Weltmeer, die freie Luft, die frei fließende Wasserwelle, die Atome des Naturforschers, das Mehlstäubchen, das Sandkorn, die Körner in einem Getreidehaufen, die Bienen in einem Bienenschwarm.

[4]) Der Körper des Menschen, auch der Leichnam und was zu ihm gehört (Dernburg a. a. O. S. 4). Der Körper ist aber ein privatrechtlich geschütztes Rechtsgut (823). In diesem Sinne „gehört" er dem betreffenden, und kann daher auf abgetrennte Körperteile (z. B. das Haar) die Vorschrift von dem Erwerb der Erzeugnisse (953) entsprechend angewandt werden. Vgl. Hölder, Allg. Teil S. 206. Gareis, Das Recht am menschlichen Körper (in der Königsberger Festgabe für Schirmer, 1900) S. 91.

[5]) Ein Mehlhaufen, ein Getreidehaufen, ein Bienenschwarm ist eine Sache im Rechtssinn.

[6]) Ein Couponbogen ist nicht eine Sache, sondern eine Mehrheit von äußerlich zusammenhängenden Sachen.

[7]) Wein im Faß oder in der Flasche, Bier im Glase, Licht im Leuchter, Pflanze im Topf, bedeuten, gegen Planck Bd. 1 S. 164 zu § 93 Ziff. 2, nicht je eine (aus zwei „unwesentlichen Bestandteilen" zusammengesetzte), sondern je zwei Sachen. Diese äußerlich verbundenen Dinge werden im Verkehr als verschiedene Verfügungsgegenstände behandelt: der Wein wird ohne das Faß, ohne die Flasche, das Bier ohne das Glas (z. B. in der Bierwirtschaft), das Licht ohne den Leuchter (z. B. in der Gastwirtschaft) veräußert. Die Veräußerung

Digitized by Google

geordnet ist, gilt die Regel: was ein Grundbuchblatt hat (mögen auch getrennt liegende Flächenstücke auf einem Blatt vereinigt sein), ist ein Grundstück[8]).

Das rechtliche Wesen der Sache ist, daß sie einen selbständigen Verfügungsgegenstand bedeutet. Durch ein Verfügungsgeschäft kann nur über eine Sache verfügt werden: soviel Sachen, soviel Verfügungsgeschäfte. Über einen Sachinbegriff kann nicht durch eine Verfügung verfügt werden. Sachinbegriffe sind keine Sachen im Rechtssinne.

Auch Sachbestandteile sind keine Sachen im Rechtssinne. Sie sind keine selbständigen Verfügungsgegenstände. Nur über Sachen kann verfügt werden, nicht über Sachbestandteile. Verfügung über die Sache ist kraft Rechtsnotwendigkeit Verfügung über alle ihre Bestandteile[9]). Sachbestandteile sind keine körperlichen Gegenstände. Es gibt wesentliche und unwesentliche Bestandteile. Wesentliche Bestandteile können nicht bloß keine Verfügungsgegenstände, sondern auch keine Rechtsgegenstände sein (93). Die Verbindung zum wesentlichen Bestandteil hat darum rechtsändernde Wirkung (946. 947). An unwesentlichen Bestandteilen sind dagegen besondere Rechte möglich. Sie können also auch nach der Verbindung als selbständige Rechtsgegenstände erscheinen. Die Verbindung zum unwesentlichen Bestandteil hat keine rechtsändernde Wirkung[10]). Dennoch sind sie

des einen Gegenstandes schließt die des andern nicht in sich. Dagegen ist ein Taschenmesser, eine Uhr, eine Lampe, ein Wagen für den Verkehr ein Verfügungsgegenstand, d. h. rechtlich eine Sache. Vgl. Tobias, Eigentumserwerb durch Verbindung, Archiv f. ziv. Praxis Bd. 94 S. 377 ff.

[8]) Vgl. 890. Dementsprechend GBO. 6 (die Ausnahmevorschrift in Satz 2, daß ein Grundstücksteil unter Umständen ohne Abschreibung mit einer Reallast oder Dienstbarkeit belastet werden kann, bedeutet, daß solche beschränkte Eintragung buchmäßig für diese Belastung einer Abschreibung gleichsteht).

[9]) Das gilt auch in bezug auf die unwesentlichen Bestandteile. Der Begriff des Bestandteils (ohne Unterschied ob wesentlich oder unwesentlich) ist, daß er keinen selbständigen Verfügungsgegenstand und deshalb keine Sache im Rechtssinn bedeutet.

[10]) Durch Vereinigung und Zuschreibung (890) wird keine Rechtsänderung herbeigeführt (vgl. 1131). — Wie schon Endemann, Bürg. R. Bd. 1 (8. Aufl.) § 52 S. 238 ff., insbes. Anm. 15, ausgeführt hat, gibt es unwesentliche Bestandteile nur bei Grundstücken. Für unwesentliche Bestandteile beweglicher

Digitized by Google

keine Sachen im Rechtssinne mehr, denn nach der Verbindung zum unwesentlichen Bestandteil ist selbständige Verfügung über die

Sachen hat noch niemand ein zutreffendes Beispiel zu geben vermocht. Gegen die Beispiele Plancks (ähnliche bei Eck, Vortr., Bd. 1 S. 104; Crome Bd. 1 S. 278; Kohler, Bürg. R. Bd. 1 S. 468) vgl. oben S. 17 Anm. 7. Hölders Meinung, Allg. Teil S. 211, daß die Wolle auf dem Rücken des Schafes, die stehende reife Frucht unwesentlicher Bestandteil sei, steht, wie Hölder S. 215 selbst bemerkt, mit dem Gesetz (94) in Widerspruch. Das gleiche gilt von der Ansicht, die am meisten Anhänger gefunden hat, daß ohne Wertminderung teilbare Sachen, z. B. ein Pfund Butter, ein Liter Wein, Öl, überhaupt Flüssigkeiten und Mengen gleichartiger Körper keine wesentlichen Bestandteile haben (Cosack, Bürg. R. Bd. 1 § 41 I; Eck, Vorträge Bd. 1 S. 104; Dernburg Bd. 3 § 5 S. 20; Hölder S. 211; Tobias im Archiv für ziv. Praxis Bd. 94 S. 384). Das Gegenteil steht im Gesetz: Vermengung von Butter mit Butter, Wein mit Wein, Öl mit Öl usw. ist zweifellos rechtsändernde Verbindung nach 947. 948, d. h. die verbundenen Sachen werden als wesentliche Bestandteile der neuen Sache behandelt. Die Fehlerquelle dürfte darin liegen, daß nach der allgemein herrschenden, aber durch das Gesetz nicht begründeten Meinung wesentliche Bestandteile nur solche Sachteile sein sollen, durch deren Trennung eine Änderung des wirtschaftlichen Wesens der abgetrennten bezw. der verbleibenden Sache bewirkt wird (so Planck Bd. 1 zu § 93 Ziff. 2; Eck, Vortr. Bd. 1 S. 100; Fuchs, Grundbuchrecht Bd. 1 S. 14; Crome, System Bd. 1 S. 278; besonders präzis Hölder zu § 93). Daraus ergeben sich die hervorgehobenen unmöglichen, dem Gesetz widerstreitenden Folgerungen. Es kommt nicht auf Änderung des wirtschaftlichen, sondern nur auf Änderung des körperlichen Zustandes an. Alle Bestandteile sind wesentlich, deren Trennung Änderung der Art des körperlichen Sachdaseins bedeutet. Körperliche Trennung ist Verwandlung eines Sachteiles in eine Sache, körperliche Verbindung ist Verwandlung einer Sache in einen wesentlichen Teil: körperliche Trennung und Verbindung bedeuten grundsätzlich in den Augen des Verkehrs eine für das Getrennte, Verbundene wesentliche Änderung (ist die Verbindung nicht derart, daß sie für die Anschauung des Verkehrs Sacheinheit herbeiführt, so ist die verbundene Sache überhaupt nicht Bestandteil geworden, sondern selbständige Sache geblieben). Bewegliche Sachen haben nur solche wesentliche Bestandteile: Trennung und Verbindung ist nur durch körperlichen, d. h. durch wesentlichen, die Art des Sachdaseins berührenden Vorgang möglich. Auch die Bodenbestandteile des Grundstücks sind wesentliche Bestandteile: ihre Trennung und Verbindung berührt das körperliche Sein. Unwesentliche Bestandteile sind nur solche Sachteile, die ohne körperlichen Vorgang, d. h. ohne körperliche Änderung getrennt und verbunden werden: die Flächenbestandteile eines Grundstücks (890); überdies „gelten" als (unwesentliche) Bestandteile die mit dem Eigentum an einem Grundstück verbundenen Rechte (96). Hier geht wie mit der Verbindung so mit der Trennung (bezw. Aufhebung des Rechts) nichts Körperliches vor sich: die Verbindung ist eine Verbindung zum unwesentlichen Teil. — Auch dadurch, daß die Sache Bestandteil eines Rechtes wird, kann sie aufhören, Gegenstand (Verfügungsgegenstand) und damit Sache im Rechtssinne

Digitized by Google

Bestandteil gewordene Sache grundsätzlich ausgeschlossen[11]). Das Wesen der Sache im Rechtssinne (des körperlichen Gegenstandes) ist nicht, Rechtsgegenstand, sondern Verfügungsgegenstand zu sein.

Das Eigentum fällt für den verfügungsgeschäftlichen Verkehr mit der Sache zusammen. In dem Körper der Sache erscheint das Machtgebiet, der Herrschaftsinhalt des Eigentums. Verfügung über die Sache ist für den Verkehr mit Verfügung über das Eigentum gleichbedeutend, und umgekehrt. Darum erscheint das Eigentum als Gegenstand mit und neben der Sache. Das Eigentum ist für den verfügungsgeschäftlichen Verkehr die Sache, und die Gegenständlichkeit der Sache bedeutet für das Recht die Gegenständlichkeit des Eigentums. In diesem Sinne ist auch das Eigentum ein körperlicher Gegenstand.

Die begrenzten Rechte an Grundstücken aber, für welche „die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften gelten" (1017. EG. 68. 196), sind keine körperlichen Gegenstände, obgleich sie als Verfügungsgegenstände im allgemeinen den Grundstücken (dem Eigentum) gleich behandelt werden[12]). Sie erscheinen im verfügungsgeschäftlichen Verkehr als Rechte, d. h. als unkörperliche Gegenstände (vgl. unten § 13), nicht als Sachen.

§ 4.

Unkörperliche Gegenstände.

Unkörperlich sind alle Gegenstände des verfügungsgeschäftlichen Verkehrs, die keine Sachen sind. Unter diesen Gesichtspunkt fallen zwei Gruppen von Rechten:

---

zu sein. Ein Beispiel ist der Schuldschein. Für den Schuldschein gilt kein Sachenrecht (952). Vgl. Strohal in „Das Recht" 1901 S. 158 ff.

[11]) Über den unwesentlichen Bestandteil kann nicht als solchen, sondern nur durch das Mittel der Verfügung über ein etwa an ihm bestehendes Sonderrecht verfügt werden: den Hypothekengläubigern eines zugeschriebenen oder vereinigten Grundstücks steht nach wie vor die Betreibung der Zwangsversteigerung in das nunmehr Flächenstück gewordene Grundstück zu: so mit Recht Jäckel, Das Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung (1901) zu § 16 Ziff. 3 S. 66; Fuchs, Grundbuchrecht Bd. 1 S. 144. 432; Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht, Bd. 1, 2. Aufl. S. 661).

[12]) Inbezug auf die Veräußerung, die Belastung, auch die Zwangsverfügung (ZPO. 864. 870. 932); nicht aber inbezug auf die Aufhebung (1017, 2).

Digitized by Google

1. Gegenstände sind alle Rechte, die durch Verfügungsgeschäft begründet werden. Dahin gehören die begrenzten dinglichen Rechte: das Erbbaurecht, die Dienstbarkeiten, das dingliche Vorkaufsrecht, die Reallast, die Hypothek, die Grundschuld, das Pfandrecht. Diese Rechte sind in ihrer Mehrzahl nicht oder doch nicht selbständig übertragbar, so daß selbständige Verfügung durch Veräußerung oder Belastung ausgeschlossen ist. Es gibt „Gegenstände, die nicht durch Rechtsgeschäft übertragen werden können" (1439. 1554). In gewissen Grenzen unterliegen aber auch diese Rechte der selbständigen Verfügung. Die Rechtsgeschäfte, durch welche der Inhalt oder der Rang dieser Rechte geändert und ebenso die Rechtsgeschäfte, durch welche diese Rechte aufgehoben werden, sind echte Verfügungsgeschäfte. Auch diese Rechte sind verfügbare Rechte. Sie sind nicht bloß hinsichtlich ihrer Entstehung, sondern auch in ihrem Bestande Gegenstände des verfügungsgeschäftlichen Verkehrs, d. h. Gegenstände im Rechtssinne.

2. Für die Rechte, welche nicht durch Verfügungsgeschäft erzeugt werden, ist das Kennzeichen ihrer Eigenschaft als Gegenstand die Übertragbarkeit: daß sie selbständig durch auf sie bezügliches Verfügungsgeschäft übertragen werden können. Die Übertragbarkeit schließt die Belastbarkeit in sich. Es genügt, daß die Rechte ihrer Art nach übertragbar sind. Ob im einzelnen Falle die Übertragbarkeit des Rechts durch Sondertatbestand ausgeschlossen ist (wie das z. B. für Forderungsrechte nach 399. 400 der Fall sein kann), ist gleichgültig. Auch hier kann es „Gegenstände" geben, die doch „nicht durch Rechtsgeschäft übertragen werden können". Aber für die Klasse als solche ist es die Übertragbarkeit, welche ihre Zugehörigkeit zu den Gegenständen begründet. Diese Rechte, welche nicht durch Verfügungsgeschäft erzeugt werden, treten nur durch die Eigenschaft der Übertragbarkeit in die Zahl der Gegenstände ein. Unter diesem Gesichtspunkt sind die Forderungsrechte Gegenstände. Ebenso die sog. Immaterialgüterrechte: das Urheberrecht, das Verlagsrecht, das Erfinderrecht[1]). Endlich das über-

[1]) Das Firmenrecht, das Zeichenrecht kann nicht selbständig übertragen

Digitized by Google

tragbare Mitgliedschaftsrecht. Für die Regel ist die Mitgliedschaft gleich allen anderen Rechten des Personenrechts unübertragbar und darum kein Gegenstand. Ausnahmsweise aber kann die Mitgliedschaft, z. B. die des Aktionärs in der Aktiengesellschaft, übertragbar sein und folgeweise zu den Gegenständen zählen (vgl. 38 Satz 1. 40). Die Mitgliedschaft in der Erbengemeinschaft ist kraft Gesetzes übertragbar (2033, 1). Aber auch in solchen Fällen ist Gegenstand immer nur das Mitgliedschaftsrecht als Ganzes, niemals eine einzelne, der Mitgliedschaft entspringende Befugnis. Einzelne Mitgliedschaftsbefugnisse können schlechtweg nicht durch Verfügungsgeschäft übertragen, es kann höchstens, falls die Satzung es zuläßt, ihre Ausübung einem anderen „überlassen", d. h. tatsächlich (möglicherweise infolge eines Verpflichtungsgeschäfts) gestattet werden (38 Satz 2. 40). Einzelne Mitgliedschaftsbefugnisse sind also niemals Gegenstände im Sinne des BGB.

Aus der gegebenen Aufzählung erhellt, daß neben den Sachen nur die Rechte des Vermögensrechts (die dinglichen Rechte, die Forderungsrechte, die Immaterialgüterrechte) und die veräußerlichen, d. h. den Vermögensrechten gleichgesetzten, Mitgliedschaftsrechte Gegenstände im Sinne des BGB. (Verfügungsgegenstände) darstellen. . Verfügungsgeschäfte gibt es nur im Vermögensverkehre (oben S. 8). Verfügungsgegenstände können außer den Sachen (dem Eigentum) nur Vermögensrechte, mit Einschluß der vermögensrechtlich behandelten Mitgliedschaftsrechte, sein.

Die rechtliche Eigenart der *Vermögensrechte* beruht darin, daß sie Gegenstände sind, Gegenstände des verfügungsgeschäftlichen Verkehrs. Darin besteht ihr Gegensatz zu den Rechten des Personenrechts. Die personenrechtlichen Rechte sind keine Gegenstände. Sie können durch Verfügungsgeschäft weder begründet noch übertragen werden. Die Vermögensrechte sind die verkehrsfähigen, die Rechte des Personenrechts die verkehrsunfähigen Privatrechte. Die Zweiteilung der anspruchgeschützten Privatrechte in Gegenstände (Ver-

werden. Diese Rechte sind keine Gegenstände im Rechtssinn. Sie unterliegen deshalb auch nicht der Zwangsverfügung, noch gehören sie zur Konkursmasse.

Digitized by Google

mögensrechte) und Nichtgegenstände (persönenrechtliche Rechte) beherrscht das BGB. (unten § 15). Es ist damit zugleich die Bedeutung des Begriffes „Vermögensrecht" für das System des BGB. ausgedrückt. Die Frage, ob ein Recht im Sinne des BGB. ein Vermögensrecht bedeutet, fällt mit der Frage zusammen, ob das Recht einen Gegenstand im Sinne des BGB. (einen Verfügungsgegenstand) darstellt.

Zusammenfassend können wir sagen: Gegenstände sind die aktiven Bestandteile des Vermögens[2]). Nur aus ihnen besteht das „Vermögen", d. h. der Vermögensinbegriff[3]), das „Gut" des BGB. (das Vorbehaltsgut, das eingebrachte Gut, das Gesamtgut)[4]). Nur sie können Gegenstände eines Verfügungsgeschäfts, eines verfügenden Gestaltungsgeschäfts, einer Zwangsverfügung sein. Nur in Gegenständen gibt es eine Rechtsnachfolge (unten § 6 ff.). Nur an Gegenständen gibt es eine Rechtsgemeinschaft (unten § 10). Noch eine ganze Reihe von weiteren Rechtssätzen hat den Begriff des Gegenstandes zur Voraussetzung (unten § 13 ff.). Unser Begriff zählt zu den Grundpfeilern unseres bürgerlichen Rechts.

---

[2]) Im allgemeinen kommt der Begriff der unkörperlichen Gegenstände mit dem der römischen res incorporales überein; aber die hereditas, welche den res incorporales zugezählt wird (D. 1, 8, 1), ist kein Gegenstand im Sinne des BGB., weder die Erbschaft, noch das Erbrecht.

[3]) Der Sachinbegriff besteht nur aus Sachen, der Vermögensinbegriff aus Gegenständen. Der Inbegriff selber ist kein Gegenstand, vgl. S. 18.

[4]) Das eingebrachte Gut besteht nur aus Gegenständen, vgl. 1395—1398: „Verfügung über eingebrachtes Gut"; die Schulden der Frau gehören nicht zum eingebrachten Gut (1403, 2). 1363: „Das Vermögen der Frau wird durch die Eheschließung — eingebrachtes Gut; zum eingebrachten Gut gehört auch das Vermögen, das die Frau während der Ehe erwirbt." Ebenso besteht das Gesamtgut der Gütergemeinschaft nur aus Gegenständen, vgl. 1438: „Die einzelnen Gegenstände werden gemeinschaftlich, ohne daß es einer Übertragung durch Rechtsgeschäft bedarf." Für das Vorbehaltsgut ergibt sich das gleiche schon daraus, daß es an sich eingebrachtes Gut bezw. Gesamtgut sein könnte. — Vgl. Binder, Die Rechtsstellung des Erben, Bd. I (1901) S. 14 ff., der aber diesen Vermögensbegriff mit Unrecht auf die Erbschaft anwendet. Der erbrechtliche Begriff des Vermögens umfaßt auch die Schulden, unten § 7.

Digitized by Google

§ 5.

Nichtgegenstände.

Keine Gegenstände sind, wie sich bei Gelegenheit schon herausgestellt hat (oben S. 22), die Rechte des Personenrechts, mit Einschluß des Familienrechts, ausgenommen die Fälle des veräußerlichen Mitgliedschaftsrechts. Auch die Rechte des personenrechtlichen Güterrechts (oben S. 8 Anm. 3), das elterliche und das ehemännliche Nutznießungsrecht, das Erbrecht und das Pflichtteilsrecht (zu unterscheiden von dem Pflichtteilsanspruch), das Vermächtnisrecht (zu unterscheiden vom Vermächtnisanspruch) sind keine Gegenstände. Über alle diese Rechte kann nicht verfügt werden. Sie sind keine Vermögensrechte im Sinne des BGB.

Auch daß Vermögensinbegriffe und Sachinbegriffe keine Gegenstände sind, ist bereits bemerkt worden (S. 18. 23). Aber es gibt noch weitere, dem Gebiete des Vermögensrechts angehörende Erscheinungen, die von der Zahl der Gegenstände auszuscheiden sind.

1. Keine Gegenstände sind die Schulden. Die Schulden bilden als die passiven Vermögensbestandteile den Gegensatz zu den Gegenständen[1]). Das gilt trotz des Schuldübernahmevertrags. Der Schuldübernahmevertrag bedeutet niemals eine Verfügung über die Schuld. Der Gedanke, daß die Schuld vom Urschuldner an den Übernehmer „veräußert" werden könne, der Schuldübernahmevertrag zwischen Urschuldner und Übernehmer ein „Veräußerungsvertrag" sei[2]), ist ein Ungedanke. Man könnte ebensogut der Ansicht sein,

[1]) Vgl. z. B. 1438 ff.: Gesamtgutsgegenstände; 1459 ff.: Gesamtgutsverbindlichkeiten. Nur die Gesamtgutsgegenstände werden gemeinschaftlich (1438); inbezug auf Schulden gibt es keine Gemeinschaft. — 2001: „Nachlaßgegenstände und Nachlaßverbindlichkeiten." 1973, 2. 1992 Satz 2: für die Nachlaßverbindlichkeiten haften die Nachlaßgegenstände.

[2]) Delbrück, Die Übernahme fremder Schulden, 1853, von dem hier die erste Anregung ausgegangen ist, faßt den Schuldübernahmevertrag als Veräußerungsvertrag nach Art der Veräußerung einer Sache. Die gleiche Auffassung findet sich noch in den Motiven zum ersten Entwurf des BGB. Bd. 2 S. 143.

Digitized by Google

daß eine Schuld verpfändet oder mit Nießbrauch belastet werden könnte. Schulden sind keine Rechte! Verfügung über eine Schuld (Zuwendung einer Schuld) ist ein Widerspruch in sich selbst. Der Schuldübernahmevertrag zwischen Urschuldner und Neuschuldner (415) ist aber auch keine Verfügung über die Forderung[3]). Die Rechtssätze von der Verfügung eines Nichtberechtigten finden keine Anwendung[4]). Der Schuldübernahmevertrag ist überhaupt kein Verfügungsvertrag, sondern ein Verpflichtungsvertrag[5]). Er begründet

---

[3]) Dies ist die nach Delbrück in der Literatur vorwaltende Meinung. So Windscheid, Pand. Bd. 2 § 338 (dessen Gedanken für die Abfassung des BGB. an dieser Stelle maßgebend geworden sind); Regelsberger in Endemanns Handbuch des Handelsrechts Bd. 2 § 338; auch die Motive Bd. 2 S. 144; die Protokolle der zweiten Lesung Bd. 1 S. 410. Gegenwärtig darf das wohl (trotz der Angriffe v. Blumes und Hellwigs) als die herrschende Meinung angesehen werden; vgl. z. B. Regelsberger in Iherings Jahrb. Bd. 39 S. 472 ff.; Crome, Syst. Bd. 2 § 202. Schwankend Planck Bd. 2 zu § 415. Unbestimmt auch Dernburg, Bürg. R. Bd. 2 § 156.

[4]) Genehmigung des Gläubigers ist nur möglich, wenn ihm der Schuldübernahmevertrag mitgeteilt wird (415, 1). Verweigerung der Genehmigung vernichtet die Schuldübernahme, so daß nur die Wirkung der Erfüllungsübernahme bleibt (415, 2. 3). Das ist alles dem Recht von der Verfügung eines Nichtberechtigten zuwider. Überdies dürfte die Frage gar nicht beantwortet werden können, wer von beiden Teilen als Rechtsnachfolger irgendwelche „Rechte" von dem andern „herzuleiten" imstande wäre.

[5]) Dies wird mit Nachdruck vertreten insbesondere von Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte S. 159 ff. v. Blume in Iherings Jahrb. Bd. 39 S. 390 ff., Bd. 40 S. 109 ff. Die Ansicht dieser Schriftsteller aber, daß immer ein zwischen Übernehmer und Gläubiger geschlossener Schuldvertrag zustande komme, dürfte gegenüber dem Gesetz nicht haltbar sein. Die Meinung von 415 (darin hat die herrschende Lehre recht) ist vielmehr die: der Wille, dem Gläubiger Schuldner anstatt des Urschuldners sein zu wollen, kann wirksam, die Genehmigung des Gläubigers vorbehalten, zum Inhalt eines bindenden Vertrags zwischen Übernehmer und Schuldner gemacht werden. Ein solcher Wille ist aber ein Verpflichtungswille (zugleich zu Gunsten und zu Lasten des Dritten, des Gläubigers) und folglich der Vertrag ein Verpflichtungsvertrag. Es entsteht folgeweise eine neue Schuld, wie aus den in 418 enthaltenen Vorschriften genugsam hervorgeht. Die elementare Tatsache, daß die Person des Schuldners über den Wert der Schuld entscheidet, läßt sich durch kein Gesetz beseitigen. Ist die Person des Schuldners wirtschaftlich weitaus an erster Stelle maßgebend, so kann sie unmöglich (gegen Windscheid, Pand. Bd. 2 § 338 Anm. 3) „für den juristischen Bestand" als ebensowenig erheblich wie die Person des Gläubigers geachtet werden. Ein

Digitized by Google

eine neue Schuld, deren Inhalt nach Maßgabe der Urschuld sich bestimmt. In diesem Sinne können Schulden „übernommen" werden. „Übertragen" werden können sie nicht[6]). Schulden sind keine Gegenstände.

2. Kein Gegenstand ist der Besitz. Auch der Besitz kann nicht „übertragen", noch verpfändet oder mit einem Nießbrauch belastet werden. Er kann nur „überlassen" oder „eingeräumt", d. h. tatsächlich hingegeben werden[7]). Die Überlassung, Einräumung des Besitzes ist kein Rechtsgeschäft, geschweige denn ein Verfügungsgeschäft. Sie kann niemals durch Willenserklärung des Überlassenden, sondern immer nur durch Gewalterlangung des Erwerbenden bewirkt werden. Daraus folgt mit Notwendigkeit, daß auch die Einigung, von welcher 854, 2 die Rede ist, kein Verfügungsgeschäft, überhaupt kein Rechtsgeschäft bedeutet. Auch im Falle solcher Einigung wird der Besitz nicht übertragen, sondern überlassen, eingeräumt, und zwar nicht durch die Einigung als solche, sondern nur dadurch, daß infolge der Einigung „der Erwerber in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben" (854, 2). Die Einigung ist ein für den Erwerb des Besitzes nur tatsächlich, nicht rechtlich erheblicher Vorgang, d. h. sie ist kein über den Besitz verfügender Vertrag[8]). Sie wirkt nicht als Willenserklärung, sondern als

---

neuer Schuldner eine neue Schuld. Und es liegt ja auch ein neuer Schuldgrund vor: der Übernahmevertrag. Die Tatsache, daß der Übernahmevertrag ein Verpflichtungsvertrag ist, schließt (gegen Hellwig) die Möglichkeit, von einer „Schuldsuccession", von einer „Sondernachfolge" in die Schuld zu sprechen, aus; vgl. unten § 8.

[6]) „Übertragung" bedeutet die Herbeiführung des Rechtsübergangs durch verfügungsmäßigen Tatbestand (Verfügungsgeschäft bezw. Zwangsverfügung), vgl. z. B. 38 Satz 1. 398. 412. 929. 1069.

[7]) Die Hingabe einer Sache zu bloßem Besitz heißt „Überlassung" der Sache, des Gebrauchs, z. B. 536. 549. 552. 553. 571. 577. 578. 732 uff. Überlassung ist Hingabe ohne Verfügungsgeschäft. Sie ist bloß tatsächlicher Natur, vgl. auch 38 Satz 2. 1059. Übertragung begründet Rechtsnachfolge, Überlassung nicht. Die Gewährung des unmittelbaren Besitzes heißt „Einräumung" des Besitzes 861. 869. — Darüber, daß nach 870 der unmittelbare Besitz „übertragen" wird, vgl. unten Anm. 16.

[8]) Das Gegenteil wird bekanntlich von hervorragender Seite behauptet:

Digitized by Google

Willensausführungshandlung, nämlich als Beihilfe zur Besitzerlangung des andern, gerade wie in allen anderen Fällen der Besitzeinräumung. Was rechtlich wirkt, ist nicht die Willenserklärung (die Kundgebung, Klarmachung des Willens), sondern ihr tatsächlicher Erfolg[9]). Der Zugang zur Sache wird dem anderen frei, aber der andere erwirbt Besitz nicht weil der Vormann es gewollt hat, sondern aus eigener Person, weil und wenn die Sachherrschaft nunmehr für ihn begründet ist. Darum ist denn auch der Einigungserwerber kein Rechtsnachfolger im Besitz, so wenig wie in anderen Fällen der Besitzeinräumung (unten § 8). Der Besitz ist kein Verfügungsgegenstand. Für das BGB. ist damit zugleich die Frage nach der Rechtsnatur des Besitzes entschieden: der

---

Strohal, Der Sachbesitz nach dem BGB., 1897 (aus Jherings Jahrb. Bd. 38) S. 81 ff. Die für die im Text vertretene Ansicht entscheidenden Gründe hat in der Hauptsache schon Binder, Rechtsstellung des Erben nach dem BGB. Bd. 1 (1901) S. 47 Anm. 44 geltend gemacht. Strohal sagt S. 81: Die Einigung „bezweckt einen durch sie herbeizuführenden rechtlichen Erfolg und ist somit ein Vertrag im technischen Sinne". Aber durch die Einigung kann der herbeizuführende Erfolg nicht in rechtserheblicher Weise bezweckt werden. Rechtserheblich ist für den Besitzerwerb immer nur die Gewalterlangung des andern, nicht daß der Vormann in Übereinstimmung mit ihm diese Gewalterlangung zu wollen erklärt hat. Vgl. Strohal selber S. 88 ff.

[9]) Das unterscheidet die Willensausführungshandlung vom Rechtsgeschäft. Auch die Willensausführungshandlung ist eine Rechtshandlung: sie besteht mit rechtlichen Folgen (im Falle unserer Einigung mit der Rechtsfolge, daß die Gewalterlangung des andern ohne verbotene Eigenmacht vor sich geht) kraft des Willens einer Person (Hölder, Allg. Teil S. 234). Für alle Rechtshandlungen (mit Ausnahme der unerlaubten Handlungen) besteht das Erfordernis der Geschäftsfähigkeit (vgl. Elzbacher, Die Handlungsfähigkeit, 1903, S. 7. 8. 218). So auch für diese Einigung. Aber die sonstigen Rechtssätze von rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen finden nicht schlechtweg auf alle Rechtshandlungen Anwendung. Insbesondere sind die Rechtssätze von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit vom Gebiet der nicht rechtsgeschäftlichen Rechtshandlungen ausgeschlossen. Rechtshandlungen können infolge eines Mangels am Tatbestand (z. B. wenn die angeeignete Sache nicht herrenlos ist) nicht vorhanden, aber sie können nicht nichtig sein; der Gegensatz von negotium nullum und non existens ist nur auf dem Gebiet der Rechtsgeschäfte möglich. So sind auf unseren Fall der Einigung die Rechtssätze von der Anfechtung unanwendbar: der tatsächliche Erfolg, daß der andere durch die Einigung Gewalt über die Sache erlangt hat, kann nicht durch Anfechtung rückwärts ungeschehen gemacht werden. Alles, was im vorigen gesagt ist, gilt aber nur

Digitized by Google

Besitz ist kein Vermögensrecht[10]). Er ist ein Rechtsgut[11]) von Vermögensinteresse, aber nicht ein in Form eines Rechts erscheinender Aktivbestandteil des Vermögens. Darum gehen, wie wir später sehen werden (§ 7), durch Gesamtrechtsnachfolge zwar alle Vermögensrechte über, aber nicht der Besitz[12]). Durch Gütergemeinschaft werden alle Gegenstände gemeinsam, der Besitz aber ebensowenig wie die Schulden. Der Besitz ist weder ein Gegenstand noch ein Recht an einem Gegenstande[13]).

---

für die uns hier beschäftigende Einigung. Die anderen Fälle der „Einigung" des BGB. (516, 1. 873. 929 usw.) bedeuten rechtsgeschäftliche Willenserklärungen, wenngleich allerdings auch in diesen Fällen durch die Einigung allein noch kein fertiges Rechtsgeschäft (kein Vertrag) zustande kommt; aber die Einigung ist in diesen andern Fällen rechtserheblicher Tatbestand.

[10]) Die vielverhandelte Frage, ob der Besitz ein „Recht" sei, führt zu ganz wertlosen Erörterungen, solange ein a priori aufgestellter Begriff des subjektiven Rechts ohne Rücksicht auf bestimmte Rechtssätze (die durch Zutreffen des Begriffes für anwendbar erklärt werden) die Grundlage der Entscheidung bildet. Wissenschaftliche Bedeutung erlangt die ganze Frage erst, sobald auf dem Boden einer positiven Rechtsordnung ein Begriff des Vermögensrechts feststeht, mit dem bestimmte Rechtssätze sich verbinden. Dieser Begriff ist für das BGB. der des Gegenstandes. Unser Satz: der Besitz ist kein Recht, bedeutet: der Besitz ist kein Gegenstand im Sinne des BGB., die Rechtssätze von Gegenständen finden keine Anwendung. — Auch die dem Besitz entspringenden „Rechte" (859. 860) sind keine Gegenstände, keine Vermögensrechte im Sinne des BGB.: sie sind bloße Begleiterscheinungen des Besitzes, unselbständige Rechte (vgl. weiter unten im Text). Ebenso ist der Besitzstörungsanspruch (862) ein vom Besitz untrennbares „Recht". Nur der Besitzanspruch auf Wiedereinräumung des Besitzes (861) sowie der Abholungsanspruch (867) könnte als selbständig verfügbares Recht in Frage kommen. Vgl. aber unten Anm. 18.

[11]) Binding, Lehrb. d. gemeinen deutschen Strafrechtes, besonderer Teil, Bd. 1 (2. Aufl. 1902) S. 244. Dazu Binding, Normen, Bd. 1 (2. Aufl. 1890) S. 338 ff. Als Rechtsgut, welches bestimmte rechtliche Vorteile mit sich führt, ist der Besitz „etwas", was „auf Kosten" eines anderen „ohne rechtlichen Grund erlangt" sein kann, so daß der Herausgabeanspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung (condictio possessionis) nach 812 ff. entsteht, Strohal, Sachbesitz S. 56.

[12]) Daß der Erbgang besonders geartet und deshalb auch für den Besitz von besonderer Wirkung ist, wird sich gleichfalls unten herausstellen.

[13]) Vgl. 268: „Betreibt der Gläubiger die Zwangsvollstreckung in einen dem Schuldner gehörenden Gegenstand, so ist jeder, der Gefahr läuft, durch Zwangsvollstreckung ein Recht an dem Gegenstande zu verlieren, berechtigt, den Gläubiger zu befriedigen. Das gleiche Recht steht dem Besitzer einer Sache

Digitized by Google

Was vom unmittelbaren Besitz gilt, das trifft ebenso zu für den mittelbaren. Zwar über den besitzvermittelnden Herausgabeanspruch (das Forderungsrecht) kann verfügt werden[14]). Aber die Übertragung des Herausgabeanspruchs ist nicht schlechtweg Übertragung des mittelbaren Besitzes. Zum Erwerb des mittelbaren Besitzes muß vielmehr besitzmittlerischer Besitz auf seiten des unmittelbaren Besitzers hinzukommen[15]). Mit dem Herausgabeanspruch wird also mittelbarer Besitz nur dann erworben, wenn die Anforderungen des *Besitzes*, des Erwerbes tatsächlicher Sachherrschaft, nach Erwerb des Herausgabeanspruches in der Person des neuen Besitzers erfüllt sind. Das Forderungsrecht hat er, weil sein Vorgänger, der Verfügende, forderungsberechtigt war (verfügungsmäßige Rechtsnachfolge). Den Besitz aber hat er nicht, weil der Vormann besaß, sondern lediglich, weil er jetzt *selbst* besitzt (ohne verfügungsmäßige Rechtsnachfolge). Auch der mittelbare Besitz ist kein Verfügungsgegenstand, noch ein Recht an einem Gegenstande; er ist kein zweites Vermögensrecht neben dem Forderungsrecht[16]).

---

zu, wenn er Gefahr läuft, durch die Zwangsvollstreckung den *Besitz* zu verlieren." — Der Besitz selber kann niemals ein „Gegenstand" sein, „in den" vollstreckt wird: so wenig er den Gegenstand eines Verfügungsgeschäftes, so wenig kann er den Gegenstand einer Zwangsverfügung darstellen.

[14]) Weil Übertragung des mittelbaren Besitzes durch Verfügung über den Herausgabeanspruch (Abtretung) vor sich geht, wird der mittelbare Besitz „übertragen" (870), nicht bloß überlassen.

[15]) *Strohal*, Sachbesitz, S. 59. 60 erklärt den Erwerb des mittelbaren Besitzes durch Abtretung des Herausgabeanspruchs für abgeleiteten Besitzerwerb, obgleich er sich selber die Schwierigkeit nicht verhehlt, die darin liegt, daß der Herausgabeanspruch doch nur „den Kern bildet, an welchen sich die Rechtsfolgen des mittelbaren Besitzes ansetzen", und daß zu der Abtretung des Herausgabeanspruchs „die Fortdauer eines zuständlichen Verhältnisses, d. i. der fortdauernde Besitz eines unmittelbaren Besitzers" hinzukommen muß.

[16]) Gegenstand ist nur das besitzvermittelnde *Forderungsrecht*, nicht außerdem noch der mittelbare Besitz. Es kann nicht außer über das Forderungsrecht auch über den mittelbaren Besitz, auch nicht über das Forderungsrecht ohne den mittelbaren Besitz verfügt werden; ebensowenig ist außer der Zwangsvollstreckung in das Forderungsrecht eine zweite Zwangsvollstreckung in den mittelbaren Besitz denkbar. Der mittelbare Besitz ist eine (überdies durch andere Voraussetzungen bedingte) tatsächliche Wirkung des Forderungsrechts, nicht ein Gegenstand neben dem Forderungsrecht.

Digitized by Google

3. Keine Gegenstände sind endlich alle unselbständigen Rechte, d. h. alle Rechte, welche nur Begleiterscheinungen eines anderen Rechtes oder einer Rechtslage (z. B. des Besitzes) sind: z. B. das Notwehrrecht, das Selbsthilferecht, das Anfechtungsrecht, das Aufrechnungsrecht, das Kündigungsrecht, das Zurückbehaltungsrecht, das Einrederecht, das Recht eine Erbschaft auszuschlagen u. s. f. Auch das Vertretungsrecht und das Verfügungsrecht fallen unter diesen Gesichtspunkt. Alle diese Rechte sind nur Rechte im weiteren Sinne des Wortes (unten § 15). Sie sind keine Verfügungsgegenstände, d. h. keine Vermögensrechte im Sinne des BGB. Soweit solche Rechte Ausfluß eines Vermögensrechtes darstellen (so z. B. das Aufrechnungsrecht, das Verfügungsrecht), können sie mit diesem Vermögensrecht übertragen werden; sie sind aber niemals möglicher Gegenstand einer selbständigen Verfügung. Das gilt, wenigstens als Regel, auch von den Ansprüchen. Der Anspruch ist nur Begleiterscheinung eines anderweitigen Rechts oder Rechtsverhältnisses. Über den schuldrechtlichen Anspruch, auch über den Anspruch aus Hypothek, Grundschuld, Reallast kann in der Regel verfügt werden (er ist grundsätzlich übertragbar); aber Verfügung über den Anspruch ist notwendig Verfügung über das entsprechende Hauptrecht, und umgekehrt. Ebenso kann über den Eigentumsanspruch auf Herausgabe von Fahrnis durch Abtretung verfügt werden; aber die Verfügung über den Eigentumsanspruch ist notwendig Verfügung über das Eigentum[17]), und umgekehrt. Wie weit sonstige nicht schuldrechtliche Ansprüche abgetreten werden können, bedarf noch näherer Untersuchung. Im Zweifel wird man von der Nichtabtretbarkeit der rein dinglichen und ebenso der rein personenrechtlichen Ansprüche ausgehen können[18]). Der Anspruch

[17]) Entweder Veräußerung oder Belastung (931. 1032).

[18]) Die herrschende Lehre nimmt als selbstverständlich an, daß Ansprüche grundsätzlich abgetreten werden können, vgl. z. B. Planck Bd. 2 zu § 413. Eine nähere Untersuchung fehlt bis jetzt. Urbild des rein dinglichen Anspruchs ist der negatorische Anspruch wegen Störung (862. 1004: vgl. 1133—1135): er kann sicher nicht selbständig abgetreten werden. Der dingliche Herausgabe-

Digitized by Google

ist (das darf als Regel gelten) entweder unübertragbar oder nicht selbständig übertragbar: Ansprüche sind keine Gegenstände.

Der Begriff des Gegenstandes, den zu umgrenzen im vorigen versucht wurde, ist insbesondere grundlegend für die Rechtssätze vom Rechtserwerb (unten §§ 6—9) und von der Rechtsgemeinschaft (§§ 10—12). Er ist ferner der Grundbegriff des ganzen im dritten Buche enthaltenen „Sachenrechts" (§§ 13. 14) und ermöglicht den Aufbau des Systems der „Rechte" im BGB. (§ 15).

§ 6.

Ursprünglicher und abgeleiteter Rechtserwerb.

Rechtserwerb im Sinne des BGB. ist der Erwerb von Gegenständen[1]). Für den Erwerb von Gegenständen (Sachen und Ver-

anspruch (985 ff.) ist stark mit schuldrechtlichen Ansprüchen (auf Schadensersatz, Ersatz von Nutzungen) durchsetzt, die selbstverständlich abgetreten werden können, da sie in Wahrheit Forderungsrechte neben dem Eigentum bedeuten. Ob aber der rein dingliche Herausgabeanspruch, der nur auf Beseitigung der Beeinträchtigung des Eigentums durch Vorenthaltung des Besitzes geht, als solcher abgetreten werden kann, darf bezweifelt werden. Der Fahrnisanspruch kann abgetreten werden, weil damit das Eigentum (bezw. Nießbrauch) übergeht. Abtretung des Liegenschaftsanspruches aber würde keine Übertragung des Grundeigentums bedeuten: der „Cedent" würde Eigentümer bleiben, und auch der von der „Cession" wissende Besitzer würde sich folglich von dem rein dinglichen Anspruch durch Herausgabe an den „Cedenten" befreien (die Rechtssätze von der Abtretung finden also keine Anwendung; „Cession" der Grundstücksvindikation wirkt für den rein dinglichen Anspruch höchstens als unwiderrufliche Bestellung zum procurator in rem suam). Auch der Erbschaftsanspruch, die Ansprüche aus Erbbaurecht, Dienstbarkeit, Pfandrecht entziehen sich, soweit sie rein dinglich sind, der selbständigen Verfügung. Von den rein personenrechtlichen Ansprüchen gilt das gleiche. Man denke z. B. an den Anspruch aus dem Namenrecht (12) oder an den Anspruch auf Herstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft (1353). Auch der in 2194 bestimmte Anspruch auf Vollziehung der Auflage ist rein personenrechtlicher Natur und zweifellos unübertragbar (unten § 15 Anm. 13). Von den Besitzansprüchen (Anm. 10) kann das gleiche behauptet werden. — Aus dem vorigen erhellt zugleich von selbst, daß der Anspruch für das Recht des BGB. keineswegs ohne weiteres mit dem Forderungsrecht gleichzusetzen ist (anders z. B. Hellwig, Anspruch und Klagerecht S. 5 ff., Siber, Der Rechtszwang im Schuldverhältnis, 1903, S. 96 ff.; dagegen Langheineken, Anspruch und Einrede, 1903, S. 25. 50).

[1]) Vgl. z. B. EG. 86: „Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vor-

Digitized by Google

mögensrechten) gilt die Unterscheidung des ursprünglichen und des abgeleiteten Rechtserwerbs. Soweit es sich um Nichtgegenstände handelt (Besitz, Schulden usw.), ist die Unterscheidung unanwendbar.

Der Gegensatz des ursprünglichen und des abgeleiteten Rechtserwerbs bezieht sich auf die Fälle des Sondererwerbs (Gesamterwerb, acquisitio per universitatem, ist stets abgeleiteter Natur). Die Art der Unterscheidung ist durch den Begriff des Gegenstandes als eines Verfügungsgegenstandes gegeben. Der hinsichtlich eines Gegenstandes durch Verfügung gemachte Erwerb ist abgeleiteter, der nicht durch Verfügung bezw. der nicht lediglich durch Verfügung gemachte Sondererwerb ist ursprünglicher Rechtserwerb. Weil es in bezug auf Nichtgegenstände überhaupt keine Verfügung gibt, ist die Unterscheidung zwischen abgeleitetem und ursprünglichem Erwerb für Nichtgegenstände unmöglich.

Die aus der gemeinrechtlichen Wissenschaft stammende herrschende Lehre hat es zu einer klaren Abgrenzung der Fälle des ursprünglichen und des abgeleiteten Erwerbes nicht gebracht. Das Wesen des Unterschiedes pflegte früher in die Wirkung gesetzt zu werden: bei abgeleitetem Erwerbe sei das Recht des Erwerbers „identisch" mit dem Rechte seines Vormannes[2]), bei ursprünglichem Erwerbe nicht. Damit waren die Fälle des sog. translativen Erwerbes beschrieben, aber auch für diese Fälle ein juristischer Gesichtspunkt nicht gewonnen. Es begann ein selbstverständlich völlig unfruchtbarer Streit, ob das Recht des Veräußerungserwerbers „identisch" sei mit dem Recht des Veräußerers[3]). Brinz bemerkte zutreffend, daß vielmehr auch das Recht des durch Ersitzung Erwerbenden als „identisch" mit dem Recht des Vorberechtigten betrachtet werden müsse, da auch bei diesem nach Ansicht der anderen „ursprüng-

schriften, welche den Erwerb von Rechten durch juristische Personen beschränken — soweit diese Vorschriften Gegenstände im Werte von mehr als 5000 Mk. betreffen."

[2]) Vgl. Windscheid, Pand. Bd. 1 § 64 Ziff. 2.

[3]) Vgl. die bei Windscheid a. a. O. Anm. 6 angegebene Literatur, auch Regelsberger, Pand. Bd. 1 § 120, Hölder, Pand. S. 185.

Digitized by Google

lichen" Erwerbe die Erweiterungen und Belastungen des erworbenen Rechts nach Maßgabe der Rechtslage beim Vorberechtigten sich bestimmen[4]). Die neuere Literatur legt deshalb das entscheidende Gewicht nicht mehr auf die Wirkung als solche, sondern auf den Grund ihres Eintritts, auf das Kausalverhältnis: abgeleitet ist der in dem Recht des Vorberechtigten begründete, ursprünglich der in dem Recht des Vorberechtigten nicht begründete Erwerb; der abgeleitete Erwerb tritt kraft, der ursprüngliche Erwerb aber trotz des Rechtes des Vorberechtigten (so die Ersitzung) oder doch unabhängig von dem Recht eines Vorberechtigten ein[5]). Dieser Gedanke ist zweifellos richtig. Aber er gibt nur über die formelle Art des Erwerbes Aufschluß: daß der eine fremdes Recht zur Ursache hat, der andere nicht, daß der eine das Recht des Nachmannes mit dem Recht des Vormannes „verbindet", der andere nicht. Dafür aber, welche Erwerbsgründe der einen oder der anderen Seite zuzuzählen sind (und das ist gerade die Schwierigkeit, um die es sich handelt), gewährt die übliche Art der Begriffsbestimmung keinerlei Anhaltspunkt. Die Umschreibung der Fälle des abgeleiteten Erwerbes lautet daher durchweg, soweit überhaupt eine Antwort auf die Frage zu geben versucht wird[6]), sehr unbestimmt. Es heißt etwa, daß der abgeleitete Erwerb eintritt „durch Rechtsgeschäfte, auf Grund von Handlungen einer Behörde, insbesondere bei einer Zwangsvollstreckung, endlich unter gewissen Umständen unmittelbar kraft Gesetzes, § 412 BGB."[7]). Der einzige, der auf dem Boden

---

[4]) Brinz, Pand. Bd. 1 § 76 II, und in Bekker und Muthers Jahrb. d. gem. R. Bd. 3 S. 31. 32. Dabei bleibt Brinz allerdings in dem Geleise der überlieferten Ansicht, insofern er die Schlußfolgerung zieht, daß wegen der „Identität" auch der Ersitzungserwerb „abgeleiteter" Erwerb sei.

[5]) Vgl. z. B. Hölder, Pand. S. 180 ff., Allg. Teil S. 446; Dernburg, Bürg. R. Bd. 1 § 103; Crome, Syst. Bd. 1 § 71 S. 313; Regelsberger in Iherings Jahrb. Bd. 47 S. 375; und insbesondere Hellwig, Rechtskraft S. 92 ff., Civilprozeßrecht Bd. 1 S. 273.

[6]) Was keineswegs immer der Fall ist; vgl. z. B. Crome a. a. O.

[7]) So Dernburg, Bürg. R. Bd. 1 § 103, III S. 315. Das lautet ungefähr ebenso wie bei Hellwig, Rechtskraft S. 94. Civilproz. S. 273. Nicht viel weiter kommt man bei Romeick, Zur Technik des BGB. Heft 3:

Digitized by Google

des BGB. unsere Frage mit Nachdruck untersucht hat, ist Hellwig[8]). Seine Ausführungen sind, wie immer, bedeutend; aber sie fordern zum Widerspruch heraus. Nach Hellwig gibt es abgeleiteten Erwerb nicht bloß in bezug auf Rechte, sondern überhaupt in bezug auf eine „Rechtsstellung", so daß auch Besitz und Schuldübernahme unter den Begriff des abgeleiteten Erwerbes und damit der Rechtsnachfolge fallen können[9]). Abgeleiteter Erwerb solcher Art tritt nach Hellwig ein „durch ein Rechtsgeschäft oder durch einen Staatsakt, welche auf die Herbeiführung der Rechtsnachfolge gerichtet sind, oder durch die Verwirklichung des sonstigen Tatbestandes, der kraft Gesetzes das neue Rechtsverhältnis deshalb entstehen läßt, weil das Ursprungsverhältnis bestand"[10]). Diese Auskunft bringt wenig weiter, weil der gesuchte Begriff in der Antwort wiederkehrt: es fragt sich ja gerade, welche Rechtsgeschäfte auf „Herbeiführung der Rechtsnachfolge gerichtet", für welche Fälle der gesetzliche Erwerb vom „Ursprungsverhältnis" abhängig ist[11]). Wir hören weiter bei Hellwig, daß Rechtsgeschäfte abgeleiteten Erwerb herbeiführen, wenn sie auf „Übertragung" gerichtet sind, aber auch diese Aus-

Rechtsnachfolge (1904) S. 77 (in Anschluß an Bekker, Pand. Bd. 1 S. 105): Rechtsnachfolge ist „die kausale Verbindung zweier Rechtsstellungen, welche beiderseits, von seiten des Vorgängers und des Nachfolgers, nicht nur gewußt, sondern auch gewollt wird, oder welche beiderseits kraft Vorschrift des Gesetzes (z. B. 774 Abs. 1, 1143 Abs. 1 BGB.) gewollt werden muß". Auch hier erhält man keine deutliche Antwort auf die Frage, durch welche Rechtsgeschäfte die kausale Verbindung „gewollt wird" und überhaupt keine Antwort auf die Frage, kraft welcher Gesetze die Verbindung „gewollt werden muß" (überdies ist der abgeleitete Erwerb durch obligateitliche Verfügung nicht berücksichtigt).

[8]) Hellwig, Rechtskraft S. 92 ff. 203 ff. 242 ff. 300 ff. Lehrbuch des Civilprozeßrechts Bd. 1 S. 273 ff. Kritisch zu Hellwig Romeick a. a. O. (Anm. 7). Die polemischen Ausführungen Romeick's sind in der Regel treffend; aber es gelingt ihm nach meiner Ansicht nicht, eine in sich zusammenhängende positive eigne Lehre zu entwickeln. Gegen Hellwigs Lehre über den Erwerb vom Nichtberechtigten Regelsberger in Iherings Jahrb. Bd. 47 S. 339 ff.

[9]) Auch hierin schließt Dernburg, Bürg. R. Bd. 1 § 103 sich an Hellwig an. Auch Romeick S. 77 spricht von Verbindung zweier „Rechtsstellungen". Ebenso schon früher Regelsberger, Pand. Bd. 1 § 122 (wo auch die Schuldübernahme ausdrücklich als ein Fall der „Succession" genannt ist).

[10]) So Hellwig, Rechtskraft S. 94. Civilproz. S. 273.

[11]) Das bemerkt treffend Romeick S. 76.

Digitized by Google

kunft versagt, da hinzugefügt wird: „Übertragung" solle hier in einem „weiteren, auf jeden abgeleiteten Rechtserwerb bezüglichen Sinn" verstanden werden[12]). Auch der Begriff der „Verfügung" erscheint: das Regelmäßige sei, daß die Rechtsnachfolge durch eine „Verfügung" herbeigeführt werde, aber wiederum mit dem Zusatz: „Verfügung wird hier in einem weiteren Sinn genommen, als das BGB. den Ausdruck gewöhnlich gebraucht", nämlich für „jedes Rechtsgeschäft, welches zu Lasten eines anderen eine Rechtswirkung begründet, welche nach der Regel nur von diesem selbst in das Leben gerufen werden könnte"[13]). Alle Tatbestände verschwimmen hier ins Unbestimmte. Der Begriff der Nachfolge in eine „Rechtsstellung" ist viel zu weit. Die Hauptsache ist: für diesen, die verschiedenartigsten Fälle (auch Schuldübernahme, Besitzerwerb) umfassenden Kreis von Tatbeständen ist kein einziger überall durchgreifender Rechtssatz im BGB. enthalten. Diese „Übertragung", diese „Verfügung" ist dem BGB., nicht bloß seinem Wortlaut, sondern auch seinem Inhalt nach unbekannt. Eine solche Abgrenzung der Erwerbsarten ist zu suchen, die den inneren Aufbau des Gesetzbuches zum Ausdruck bringt.

Die Lösung der Schwierigkeit ergibt sich, wie oben schon kurz gesagt wurde, aus dem Wesen des Gegenstandes. Rechtsnachfolge gibt es nur in bezug auf Gegenstände. Sondererwerb in bezug auf Verfügungsgegenstände wird entweder durch Verfügung (abgeleiteter Erwerb) oder *nicht* durch Verfügung (als solche) gemacht (ursprünglicher Erwerb). Überall, wo das BGB. die auf Sondererwerbsgrund beruhende „Herleitung" von Rechten von einem Vormann als möglich setzt, beschreibt es den zu Grunde liegenden Tatbestand als Verfügungstatbestand. Der Verfügungstatbestand kann in einem Verfügungsgeschäft, einem verfügenden Gestaltungsgeschäft, einer Zwangsverfügung bestehen[14]). Der *verfügungsmäßige* Erwerb ist abgeleiteter, der *nicht verfügungsmäßige*

[12]) Hellwig, Rechtskraft S. 95 Anm. 13.
[13]) Hellwig, Rechtskraft S. 96 ff. 98 Anm. 10.
[14]) Vgl. 135. 161. 892. 893. 2366. 2367; auch 883, 2.

Digitized by Google

ist ursprünglicher Erwerb. Für die Fälle des verfügungsmäßigen Erwerbs kommt es darauf an, ob derjenige, auf dessen Rechnung die Verfügung vor sich geht (der Rechtsvorgänger, auctor), berechtigt war oder nicht: es gilt die Unterscheidung der Verfügung des Berechtigten und der Verfügung des Nichtberechtigten.

Der Gegensatz des ursprünglichen und des abgeleiteten Erwerbes besteht nur für die Fälle des Sondererwerbes. Gesamterwerb ist stets abgeleiteter Natur (unten § 7).

Ursprüngliche Erwerbsgründe sind an erster Stelle alle Sondererwerbsgründe, die überhaupt keinen Verfügungstatbestand bedeuten. Unter diesen Gesichtspunkt fällt der Erwerb durch Aneignung, Ersitzung, Verbindung, Verarbeitung, Finden[15]). In all diesen Fällen fehlt es an einem durch den Erwerbstatbestand bezeichneten Rechtsvorgänger, d. h. es fehlt an einem Rechtsvorgänger, auf dessen Berechtigung der Erwerb seine Wirkung gründet. Die Person des bis dahin etwa Berechtigten ist gleichgültig. Zwar gehört es zum Tatbestande der Aneignung, daß die Sache herrenlos ist (958, 1), daß also bei Aneignung einer preisgegebenen Sache die Preisgabe seitens des (geschäftsfähigen) Eigentümers erfolgte (928. 959). Aber der Aneignende erwirbt nicht kraft der Berechtigung des Voreigentümers, sondern lediglich weil und wenn gegenwärtig niemand Eigentümer ist. Der Aneignungstatbestand nimmt auf keinen bestimmten Vorberechtigten Bezug. Der Preisgebende ist ein Vorgänger im Rechte, aber nicht ein Rechtsvorgänger, den der Erwerbstatbestand als solcher bezeichnet[16]). Ebenso hat im Fall der

---

[15]) Der Erwerb von Erzeugnissen und Bestandteilen ist bald ursprünglicher Erwerb, nämlich wenn er kraft dinglichen Fruchtrechts (ohne Verfügung) gemacht wird, bald abgeleiteter Erwerb, wenn er kraft „Gestattung“ (956), d. h. kraft Verfügung eintritt. Im letzteren Falle gilt die Unterscheidung der Verfügung des Berechtigten von der Verfügung des Nichtberechtigten (957).

[16]) Hellwig, Rechtskraft S. 272 erklärt die Aneignung einer preisgegebenen Sache für einen „abgeleiteten Rechtserwerb“, weil der Aneignende zwar „nicht sein Eigentum“, aber doch die Möglichkeit der Aneignung („condicio occupandi“) vom früheren Eigentümer „ableite“. Dagegen mit Recht Romeick S. 78. 79. „Abgeleiteten“ Erwerb einer bloßen Möglichkeit gibt es nicht. Man sieht, zu welchen Schlußfolgerungen der Begriff der Rechtsnachfolge in

Digitized by Google

Ersitzung der Erwerbende einen Vorgänger im Rechte, aber keinen Rechtsvorgänger, auf dessen Recht der Ersitzungstatbestand für den Eigentumserwerb hinweist, d. h. keinen Rechtsvorgänger, von dem der Erwerb „hergeleitet" würde. Die begrenzten Rechte an der Sache werden, wie durch die Preisgabe und nachfolgende Aneignung, so auch durch die Ersitzung als solche nicht berührt. Insofern es sich um die Belastungen der Sache handelt[17]), ist die Unterscheidung des Vorgängers im Rechte (bei ursprünglichem Erwerb) und des eigentlichen Rechtsvorgängers (bei abgeleitetem Erwerb) bedeutungslos[18]). Darum gebraucht das BGB. den Ausdruck „Rechtsvorgänger" auch im weiteren Sinn, nämlich dann, wenn die Rechtswirkungen von Belastungen gegenüber dem gegenwärtigen Eigentümer in Frage stehen[19]). Sonst aber, wenn es sich um die Bestimmung der Art des Erwerbes selber handelt, hat der Ausdruck „Rechtsvorgänger" und ebenso der entsprechende „Rechtsnachfolger" im

---

eine „Rechtsstellung" führt (überdies hatte ja der Preisgebende als Eigentümer selber keine Möglichkeit der Okkupation!).

[17]) Ebenso sofern die einem Grundstück erworbenen Gerechtigkeiten in Frage kommen (96).

[18]) Besonders geartet sind die Fälle des Anfalls bezw. Rückfalls infolge bedingten oder betagten Verfügungsgeschäftes (unten § 8).

[19]) Das ist der Fall in 1164. 1173. 1174. 1182. 2168, 2 (die Fälle sind alle ganz gleichartig). Daß in diesen Vorschriften der Ausdruck „Rechtsvorgänger" den weiteren Sinn hat, also auch den bloß zeitlich voraufgehenden Vorgänger im Rechte bei ursprünglichem Erwerb umfaßt, führt treffend aus Regelsberger in Iherings Jahrb. Bd. 47 S. 370. 371. — Die Tatsache, daß die begrenzten Rechte durch die Eigentumsersitzung und ebenso durch Preisgabe und Aneignung nicht berührt werden, ist zweifellos. Vgl. für die Ersitzung von Fahrnis 945, für die Preisgabe eines Grundstückes CPO. 58. Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 232. 233. In Anschluß an Brinz (oben Anm. 4) beziehen deshalb Dernburg, Pand. Bd. 1 § 81; Bürg. R. Bd. 1 § 103; Hölder, Pand. S. 178 ff. den Begriff der „Succession" auch auf die Fälle ursprünglichen Erwerbes (so daß ursprüngliche, unverbundene und abgeleitete, verbundene Rechtsnachfolge unterschieden werden). Wissenschaftlich zweckmäßiger und sowohl dem überlieferten Sprachgebrauch wie insbesondere auch der Meinung des BGB. entsprechender (vgl. Anm. 20) ist es, den Ausdruck „Rechtsnachfolge" nur für die Rechtsnachfolge im eigentlichen Sinne, d. h. für die Fälle des abgeleiteten Erwerbes zu gebrauchen, Regelsberger a. a. O. S. 372.

Digitized by Google

BGB. den engeren, eigentlichen Sinn, d. h. er bezeichnet nur das Verhältnis des abgeleitet Erwerbenden zu seinem Vormanne[20]).

Rechtsvorgängerschaft und Rechtsnachfolge im eigentlichen Sinn wird nur durch abgeleiteten Erwerb begründet: durch verfügungsmäßigen Erwerb (Sondernachfolge) und durch Gesamterwerb (Gesamtnachfolge).

Eine Sonderstellung nimmt der Rechtserwerb ein, der „vom Nichtberechtigten hergeleitet" wird. Er bedeutet, sofern der Mangel des Verfügungsrechts durch Legitimation ersetzt wird, Erwerb nicht durch die Verfügung als solche, obgleich eine Verfügung Voraussetzung des Erwerbes ist. Er begründet das Verhältnis der Rechtsnachfolge, aber nur gegenüber einem Nichtberechtigten, so daß der Erwerb dennoch nicht durch Rechtsnachfolge, d. h. wiederum: nicht verfügungsmäßig, vor sich geht. Dieser Erwerb ist eine Art[21]) des ursprünglichen Erwerbes (unten § 9).

§ 7.

Gesamtnachfolge.

Gesamtnachfolge (genauer: Gesamt-Rechtsnachfolge) ist die Rechtsnachfolge in einen Vermögensinbegriff (ein „Vermögen",

---

[20]) Vgl. 221. 943. 861. 862. 999, 1 (unten § 8). In 221. 943 ist von einem „durch Rechtsnachfolge" erlangten Besitz die Rede. Es ist zweifellos, daß nur die durch abgeleiteten Erwerbsgrund vermittelten Fälle des Besitzerwerbs gemeint sind (Regelsberger S. 371). Ebenso kann 861. 862, wo von der Wirkung der Fehlerhaftigkeit des Besitzes gegenüber einem „Rechtsvorgänger" des gegenwärtigen Besitzers die Rede ist, nur von den Fällen des auf abgeleitetem Erwerb beruhenden Besitzerwerbes verstanden werden (es soll auch hier zweifellos nicht jeder Vorbesitzer gemeint sein). Ganz das gleiche gilt für 999, 1: der Besitzer kann für Verwendungen „eines Vorbesitzers, dessen Rechtsnachfolger er geworden ist", Ersatz verlangen (vgl. den Gegensatz in 999, 2: der Eigentümer ist verpflichtet, auch Verwendungen zu ersetzen, die gemacht sind „bevor er das Eigentum erlangt hat"; auf seiten des Eigentümers bedarf es keines Rechtsnachfolgeverhältnisses).

[21]) Die zweite Art neben den oben genannten Fällen des Erwerbs ohne Verfügungstatbestand.

Digitized by Google

oben S. 23), d. h. in eine Gesamtheit von Gegenständen[1]). Sie geht durch einen personenrechtlichen Tatbestand für alle zu dem „Vermögen" gehörenden Gegenstände einheitlich kraft Rechtssatzes, nämlich kraft personenrechtlichen Güterrechts vor sich, ohne daß es der Tatbestände bedürfte, die das Vermögensrecht für den Sondererwerb der einzelnen Gegenstände fordert (vgl. 1438, 2). Die Gesamtnachfolge geschieht, wie man es in der Sprache des BGB. ausdrücken kann, durch Anfall einer Gesamtheit von Gegenständen. Sie begründet stets abgeleiteten, von der rechtlichen Zugehörigkeit des Gegenstandes zu dem Vermögensinbegriff abhängigen Erwerb und wirkt stets übertragend im engeren Sinn (translativ): das Recht fällt an in seinem bisherigen Bestande.

Solche Gesamtnachfolge tritt nach BGB. ein kraft gütergemeinschaftlicher Ehe (1438), kraft Eintritts in eine Gesellschaft[2]), kraft Erwerbes der Mitgliedschaft in der Erbengemeinschaft[3]), kraft Unterganges einer juristischen Person[4]). Eine Sonderstellung nimmt, wie sich aus dem Folgenden ergeben wird, der Erbgang ein.

---

[1]) Von Fällen und Wesen der Gesamtnachfolge hat auf dem Boden des BGB. als erster in eindringender Weise gehandelt Hellwig, Rechtskraft S. 203 ff.; Civilproz. Bd. 1 S. 279 ff. Im Gegensatz zu Hellwig aber bin ich der Meinung, daß die Gesamtnachfolge als solche bloße Gesamt-Rechtsnachfolge ist und sich deshalb von der Erbfolge wesentlich unterscheidet. Damit hängt die verschiedene Beurteilung des „Eintritts in die Schulden" zusammen. — In den Fällen der Ab- und Anwachsung (738: Ausscheiden eines Gesellschafters; 1483 ff. 1490 ff.: fortgesetzte Gütergemeinschaft) sehe ich, gegen Hellwig, keine Gesamtnachfolge: Anwachsung ist kein Rechtserwerb.

[2]) Nicht bloß in eine offene Handelsgesellschaft bezw. Kommanditgesellschaft, sondern ebenso (gegen Hellwig, Rechtskraft S. 207) kraft Eintritts in eine bürgerliche Gesellschaft, vgl. Gierke, Vereine ohne Rechtsfähigkeit, 2. Aufl., 1902, S. 24 ff. Der „Anteil" des Gesellschafters „an dem Gesellschaftsvermögen" (719) bedeutet die Mitgliedschaft in der Gesellschaft (vermögensrechtliche Anteile am „Vermögen" gibt es nicht), d. h. ein personenrechtliches Verhältnis, hängt also an der Mitgliedschaft (vgl unten § 12). Für das Innenverhältnis (Gesamtberechtigung) ist die bürgerliche Gesellschaft der Handelsgesellschaft durchaus gleichartig.

[3]) D. h. durch Erwerb des Anteils eines Miterben am Nachlasse (2033, 1): der „Anteil" des Miterben am „Nachlasse" ist Mitgliedschaft in der Erbengemeinschaft, d. h. ein personenrechtliches Verhältnis.

[4]) Fällt das Vermögen der aufgelösten juristischen Person an den Fiskus,

Digitized by Google

In allen genannten Fällen[5]) bedeutet die Gesamtnachfolge den Eintritt in ein Gesamtrechtsverhältnis. Das Gesamtrechtsverhältnis (Berechtigung zu gesamter Hand) besteht niemals in bezug auf einzelne Gegenstände als solche, sondern immer nur in bezug auf einen Vermögensinbegriff, der einem bestimmten personenrechtlichen Verhältnis (der gütergemeinschaftlichen Ehe, dem Gesellschaftsverhältnis, der Erbengemeinschaft, der Gemeinschaft der Anfallsberechtigten) unterliegt. Eintritt in ein Gesamtrechtsverhältnis geschieht daher ausschließlich durch einen personenrechtlichen Vorgang[6]) für einen Vermögensinbegriff, und die Wirkung der Gesamtnachfolge erschöpft sich in allen namhaft gemachten Fällen in der Erzeugung der Berechtigung zu gesamter Hand. Gesamtberechtigung ist aber

so gilt das Recht vom Erbgang (46). Sonst aber tritt schlichte Gesamtnachfolge, „Anfall" des „Vermögens" an die Anfallsberechtigten, ein (45), vgl. Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte (1899) S. 393 ff. Das an die Anfallberechtigten fallende „Vermögen" ist nur das Aktivvermögen (Binder, Rechtsstellung des Erben Bd. 1 S. 14), aber nicht bloß, wie Binder meint, der „Überschuß", sondern die bei der Auflösung vorhandenen Gegenstände, die den Anfallsberechtigten zu gesamter Hand gemeinsam werden: für die Auseinandersetzung gelten die zwingenden Vorschriften von der Liquidation 47 ff. Sondervorschriften hat das HGB. 304—306 für den Fall, daß Reich, Bundesstaat oder ein inländischer Kommunalverband das Vermögen einer Aktiengesellschaft „als Ganzes" übernehmen, und für den Fall der Fusion einer Aktiengesellschaft mit einer anderen Aktiengesellschaft bezw. Kommanditaktiengesellschaft. In diesen Fällen kann vereinbart werden, daß die Liquidation unterbleibt und tritt dann Übergang des Vermögens einschließlich der Schulden wie beim Erbgang ein.

[5]) Mit Ausnahme des Erbgangs und der nach Art des Erbgangs behandelten Fälle (BGB. 46, HGB. 304—306, vgl. Anm. 4).

[6]) Das eigentümliche im Fall des Eintritts in eine bestehende Erbengemeinschaft ist, daß hier der personenrechtliche Vorgang (Erwerb der Mitgliedschaft) durch Sondernachfolge in die Mitgliedschaft, die in diesem Falle ausnahmsweise Verfügungsgegenstand ist (2033, 1), vermittelt wird. Der Erwerb der Gesamtberechtigung in bezug auf alle einzelnen Gegenstände (2033, 2) aber geht auch in diesem Fall auf grund des personenrechtlichen Tatbestandes, ohne daß es für die einzelnen Gegenstände eines Sondererwerbsgrunds bedürfte, einheitlich, d. h. kraft Gesamtnachfolge, vor sich. Daß die Veräußerung der Mitgliedschaft in der Erbengemeinschaft keine Veräußerung des Miterbrechts bedeutet, zeigt Strohal, Erbrecht Bd. 2 (3. Aufl.) S. 97 Anm. 20. — Ich brauche kaum zu sagen, daß ich in bezug auf die Auffassung der Gesamtberechtigung insoweit auf dem Boden der durch Gierke gewonnenen Ergebnisse stehe, vgl. insbesondere Gierke, Die Genossenschaftstheorie (1887) S. 343 ff., aber auch unten § 12.

Digitized by Google

nur in bezug auf Gegenstände möglich (unten § 12). Es gibt keine Rechtsgemeinschaft in bezug auf den Besitz oder in bezug auf Schulden. Darum wirkt die Gesamtnachfolge als solche weder auf den Besitz noch auf die Schulden. Gütergemeinschaft, Erbengemeinschaft, die Gemeinschaft der Gesellschafter, der Anfallsberechtigten, schließen als solche zweifellos keine Besitzgemeinschaft in sich: der Besitz kann nicht durch personenrechtlichen Vorgang, er kann nur durch Erlangung der tatsächlichen Gewalt (854) erworben werden[7]). Ebenso zweifellos wirken jene Vorgänge keine Schuldengemeinschaft (die überhaupt nicht denkbar ist). Die Frage der Schuldenhaftung ist vielmehr für die einzelnen Fälle selbständig zu beantworten[8]). Die Gesamtnachfolge als solche ist keine Gesamtschuldennachfolge, sondern bloße Gesamt-Rechtsnachfolge.

Das ist der Punkt, an dem die Erbfolge von der schlichten Gesamtnachfolge sich unterscheidet. Die Erbfolge ist mehr als bloße Gesamtrechtsnachfolge, als bloße Nachfolge in einen Inbegriff von

---

[7]) Andrer Meinung allerdings z. B. Strohal, Sachbesitz S. 97, der den Mitbesitz des Gesellschafters zu seinem „Anteil am Gesellschaftsvermögen" rechnet. Dagegen mit Recht M. Wolff, Der Mitbesitz nach dem BGB., in Iherings Jahrb. Bd. 44 S. 153. 154. Der „Besitz" des Erben nach 857 ist kein wirklicher Besitz, unten S. 42.

[8]) Durch Gütergemeinschaft werden die eingebrachten Schulden von Mann und Frau Gesamtgutsverbindlichkeiten nach Maßgabe von 1459 ff. Der Eintritt in die Erbengemeinschaft begründet Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten (2382. 2385), die nach Maßgabe von 2036. 2037 wieder erlöschen kann. Der Anfall des Vermögens einer aufgelösten juristischen Person wirkt (von dem Fall des Fiskus abgesehen) keinen Übergang der Schulden auf die Anfallsberechtigten (so ist mit Binder gegen Hellwig anzunehmen, oben Anm. 4). Daher die zwingende Vorschrift von der Liquidation: die Schulden werden als Schulden der juristischen Person bezahlt (49). Ebenso ist bei Eintritt eines neuen Gesellschafters in die bürgerliche Gesellschaft (anders im Fall der Handelsgesellschaft nach HGB. 130) von einer persönlichen Schuldhaftung des neu eintretenden Gesellschafters für frühere Schulden keine Rede: nur für seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen muß er die früheren Schulden als „gemeinschaftliche", aus dem Gesellschaftsvermögen zu befriedigende Schulden (733) anerkennen. Wie man sich aber auch zu diesen, zum Teil sehr schwierigen Fragen stellen möge, jedenfalls ist klar, daß, gegen Hellwig, Rechtskraft S. 203 Anm. 1, der „Eintritt in die auf dem Vermögen lastenden Schulden" nicht kraft einheitlichen, durch das Wesen der Gesamtnachfolge gegebenen Rechtsgrundsatzes stattfindet.

Digitized by Google

Gegenständen (Vermögensinbegriff). Sie wirkt Nachfolge auch in den „Besitz“: der Besitz geht auf den Erben über (857). Sie wirkt Nachfolge auch in die Schulden (1967). Die Besitznachfolge des Erben ist wirkliche Nachfolge[9]), allerdings nur in die rechtliche Stellung eines Besitzers, nicht als ob der Erbe als solcher wirklich besäße (dann wäre es unmöglich, daß der Erbe später „tatsächlich den Besitz ergreift“, vgl. 2025 Satz 2). Auch die Nachfolge des Erben in die Schulden ist wirkliche Nachfolge: der Erbe haftet persönlich, wenngleich beschränkbar, lediglich aus der Schuld des Erblassers. Ja, der Erbgang wirkt überhaupt den Eintritt des Erben in alle von der Vererbung nicht ausgeschlossenen vermögensrechtlichen Beziehungen des Erblassers, mögen sie die Gestalt von fertigen Rechten oder Verbindlichkeiten haben oder nicht. Erbfolge bedeutet wirklich Nachfolge in eine Rechtsstellung, in die gesamte vermögensrechtliche Stellung des Erblassers, soweit nicht der Tod eine Änderung herbeiführt[10]). Dies drückt das Gesetzbuch mit den Worten aus, daß auf den Erben „das Vermögen als ganzes“ übergeht (1922). Die Erbfolge ist nicht bloße Rechtsnachfolge, auch keine bloße Gesamtrechtsnachfolge. Sie ist Persönlichkeitsnachfolge (successio in personam, nicht bloß in rem). Das bedeutet, daß die Erbfolge den Eintritt in alle vermögensrechtlich gearteten Rechtsverhältnisse des Erblassers herbeiführt, auch in den Besitz, auch in die Schulden[11]). Die

---

[9]) Darum wirkt denn auch die Fehlerhaftigkeit des erblasserischen Besitzes gegen den Erben als solchen (858, 2). Die tatsächliche Gewalt des Erblassers kommt, falls nicht ein in contrarium actum eingetreten ist, von Rechts wegen dem Erben zugute. Vgl. über die schwierige Frage Strohal, Sachbesitz S. 96 ff. und die Gegengründe von Binder, Rechtsstellung des Erben Bd. 1 S. 45 ff. — Was vom Besitzübergang auf den Erben gilt, wird entsprechend auch in den Fällen anzuwenden sein, die nach Art des Erbgangs behandelt werden, oben Anm. 4.

[10]) Das wird, insbesondere gegen Binder, Rechtsstellung des Erben Bd. 1 S. 7 ff., schlagend ausgeführt von Strohal, Erbrecht Bd. 1 (3. Aufl.) S. 15 ff.

[11]) Um dieses Wesen der Erbfolge auszudrücken, ist der Begriff der Nachfolge des Erben in die vermögensrechtliche Persönlichkeit des Erblassers unent-

Digitized by Google

Gesamtnachfolge als solche ist Nachfolge nur in Gegenstände; die Erbfolge ist in dem angegebenen Sinne Nachfolge in die erblasserische vermögensrechtliche Persönlichkeit.

§ 8.

Sondernachfolge.

Sondernachfolge ist Rechtsnachfolge kraft verkehrsrechtlichen (vermögensrechtlichen) Vorgangs, nämlich kraft Verfügungstatbestandes: mag die Verfügung durch echtes Verfügungsgeschäft oder durch verfügendes Gestaltungsgeschäft oder durch Zwangsverfügung vor sich gehen. Die Verfügung ist der abgeleitete Sondererwerbsgrund des BGB. Wo Verfügungswirkung, da ist Sondernachfolge. Ohne Verfügung kein abgeleiteter Sondererwerb.

1. Arten der Sondernachfolge. Soviel Arten der Verfügungen, soviel Arten der Sondernachfolge. Es gibt übertragende, belastende, rechtsändernde und rechtsaufhebende Verfügung. Durch übertragende Verfügung erwirbt der Rechtsnachfolger das gleiche Recht, welches der Rechtsvorgänger hatte. Durch belastende Verfügung erwirbt er ein anderes, neues, nämlich ein begrenztes gegenständliches Recht. Durch rechtsändernde und rechtsaufhebende Verfügung erwirbt er gar kein Recht, sondern nur die Rechtsänderung bezw. die Befreiung vom gegnerischen Recht (vgl. 2366, auch oben

---

behrlich. Nur gegen irrige Vorstellungen, die mit diesem Begriff verbunden worden sind, richtet sich die Polemik neuerer Schriftsteller (vgl. insbesondere Hölder in der Sav. Zeitschr. f. RG. Bd. 16 S. 221 ff.). Die herrschende Lehre denkt die Erbfolge als den Hauptfall und Normalfall der Gesamtnachfolge (so auch Hellwig, Rechtskraft S. 203). Sobald klar ist, daß die Erbfolge von den Fällen der schlichten Gesamtnachfolge sich im Wesen unterscheidet, bedarf es eines ihre Eigenart ausdrückenden Begriffs, und dieser Begriff ist der der Nachfolge in die „vermögensrechtliche Persönlichkeit" des Erblassers. Er bringt deutlich den Eintritt des Erben in die gesamte vermögensrechtliche Rechtslage des Erblassers zum Ausdruck. So dürfte die nach Strohals Ansicht (Erbrecht Bd. 1 S. 17 Anm. 23) „jetzt völlig überwundene ältere Lehre" von der Nachfolge des Erben in die vermögensrechtliche Persönlichkeit des Erblassers doch noch wieder, und zwar grade auf dem Boden des BGB. (a. M. Kipp bei Windscheid, Pand. 8. Aufl. Bd. 3 S. 182), zu Ehren kommen.

Digitized by Google

S. 12). Die Sondernachfolge ist immer auf einen Gegenstand bezüglich, fällt aber nicht mit Erwerb eines Gegenstandes (Rechtserwerb in diesem Sinne) zusammen. Rechtserwerb im Sinne der Sondernachfolge bedeutet nur Erwerb eines Vermögensvorteils hinsichtlich eines bestimmten Gegenstandes durch Verfügung. „Identität" des erworbenen „Rechts" mit dem Recht des Rechtsvorgängers ist gleichgültig. Entscheidend ist allein die Form des Erwerbsgrundes. Abgeleiteter Sondererwerb ist der verfügungsmäßige „Rechtserwerb".

2. Ohne Verfügung keine Sondernachfolge. Alle Fälle des ursprünglichen Erwerbes ohne Verfügungstatbestand begründen keine Rechtsnachfolge (oben S. 36 ff.). Das gleiche gilt vom Rückerwerb infolge auflösender Bedingung oder Endtermins. Bei aufschiebend bedingter und betagter Verfügung ist auch die Rechtsnachfolge aufschiebend bedingt bezw. betagt. Wie die Verfügung so die Rechtsnachfolge. Mit Eintritt der Bedingung, des Termins, tritt hier Rechtsnachfolge ein, aber kraft der damaligen Verfügung und infolgedessen grundsätzlich nach Maßgabe der damaligen Berechtigung des Verfügenden (des Rechtsvorgängers), folglich mit entkräftender Wirkung für die Zwischenverfügungen des Vormannes (161, 1). Umgekehrt wird durch Eintritt einer auflösenden Bedingung bezw. eines Endtermins das Rechtsnachfolgeverhältnis aufgelöst. Es tritt Abfall des erworbenen Rechts und Rückfall an den Vormann ein, lediglich kraft Auflösung der Wirkungen der Vorverfügung ohne neue Verfügung des Zwischenberechtigten. Darum begründet der Rückfall an den Vormann keine Rechtsnachfolge des Vormannes in das Recht des Zwischenberechtigten[1]) und sind deshalb die Verfügungen des Zwischenberechtigten für den Rückerwerber unverbindlich (161, 2). Der Rückerwerber macht keinen abgeleiteten

[1]) A. M. Hellwig, Rechtskraft S. 111 ff. Civilproz. Bd. 1 S. 277. 278. Dagegen, mit der herrschenden Meinung, Strohal, Erbrecht Bd. 1 (3. Aufl.) S. 11 Anm. 3. So ist denn auch (gegen Hellwig, Rechtskraft S. 219 ff.) der Nacherbe kein Rechtsnachfolger des Vorerben, obgleich gewisse Verfügungen des Vorerben gegen den Nacherben wirken (2112 ff.)

Digitized by Google

Erwerb. Erwerbende Rechtsgeschäfte des Zwischenberechtigten (hier verfügt der Zwischenberechtigte nicht) kommen dem Rückerwerber zugute, soweit sie den Bestand des Gegenstandes durch Hinzufügung unselbständiger Berechtigungen, z. B. Erwerb einer Grunddienstbarkeit, erweitern[2]). Aber die Verfügungen des Zwischenberechtigten werden durch den Rückfall schlechtweg entkräftet: der Rückfallsberechtigte ist kein Rechtsnachfolger des Zwischenberechtigten. Sein Rückerwerb ist kein verfügungsmäßiger Erwerb.

3. Wo kein Gegenstand, da keine Sondernachfolge. Über den Besitz kann nicht verfügt werden. Weder der unmittelbare, noch der mittelbare Besitz ist ein Gegenstand (oben S. 27. 29). Infolgedessen gibt es keine Rechtsnachfolge in den Besitz, weder Gesamtnachfolge (vgl. § 7), noch Sondernachfolge. Es gibt selbstverständlich „Vorgänger" und „Nachfolger" im Besitze (858, 2), d. h. das Verhältnis der zeitlichen Nachfolge. Ja, es kann jemand, wie es im BGB. heißt, „durch Rechtsnachfolge" in den Besitz einer Sache gelangen, so daß die Besitzzeit des „Rechtsvorgängers" dem „Rechtsnachfolger" zugute kommt (221. 943). Die gegenwärtig herrschende Meinung betrachtet es als zweifellos, daß wirklich Besitzerwerb durch Rechtsnachfolge stattfinde, daß außer dem Fall des Erbgangs auch Besitzerwerb durch Besitzübergabe (im Gegensatz zu den Fällen des Besitzerwerbes durch verbotene Eigenmacht) die Rechtsnachfolge in den Besitz als solchen herbeiführe[3]). Der veräußernde Nichteigentümer macht den Erwerber nicht zum Eigentümer, sondern nur zum Besitzer (auf diesen Fall beziehen sich

[2]) Hinsichtlich des Bestandes, d. h. der körperlichen und rechtlichen (vgl. 96) Bestandteile des Gegenstandes ist selbstverständlich immer der gegenwärtige Bestand maßgebend. In dieser Hinsicht besteht kein Unterschied zwischen Erwerb ohne und mit Rechtsnachfolge (vgl. oben § 6 Anm. 4. 17).

[3]) Nicht bloß in den Fällen der Übergabe durch „Einigung" nach 854, 2 (für diesen Fall nimmt auch Strohal abgeleiteten Besitzerwerb an, oben § 5 Anm. 8), sondern überhaupt in den Fällen der Besitzübergabe, vgl. Hölder, Allg. Teil S. 446. 447; Crome, Syst. Bd. 1 S. 519; Kipp bei Windscheid, Pand. 8. Aufl. Bd. 1 S. 697, und insbesondere Hellwig, Rechtskraft S. 246 ff. In der dritten Auflage seines Kommentars, Bd. 1 zu § 221 S. 364. 365 hat nunmehr auch Planck dieser Ansicht sich angeschlossen.

Digitized by Google

die eben angeführten Stellen des BGB). Der Erwerber ist dennoch „Rechtsnachfolger" des Veräußernden. Er ist nicht Rechtsnachfolger in das Eigentum. Das hatte der Veräußernde ja gar nicht. Der Erwerber ist also (dies ist die Schlußfolgerung der herrschenden Lehre) Rechtsnachfolger in den Besitz seines Veräußerers. Grundlage dieser Gedankenreihe ist die alte, irrige Vorstellung, daß zum Begriff der Rechtsnachfolge „Identität" des Rechtsverhältnisses und folgeweise irgend welche „Übertragung", wenn nicht eines Rechts, so doch einer „Rechtsposition" gehöre[4]). Unser Fall bestätigt lediglich, daß diese Vorstellung von der Rechtsnachfolge falsch ist. Rechtsnachfolge besteht kraft des Daseins eines Verfügungstatbestandes (hier eines Veräußerungsgeschäfts), auch wenn der Verfügungstatbestand *nichts* überträgt (vgl. oben S. 43). Der Erwerber des Verfügungsgeschäfts ist Rechtsnachfolger des Verfügenden, auch wenn die Rechtsnachfolge für den *Erwerb* kraftlos ist. Das ist die Voraussetzung der Vorschriften in 221. 943, ebenso in 999, d. h. in den Stellen, die von den Wirkungen der für den Erwerb wirkungslosen Rechtsnachfolge handeln (vgl. unten § 9). Nicht, daß der Erwerber Besitz erwirbt, sondern der Verfügungstatbestand *als solcher* begründet die Rechtsnachfolge. Es ist zweifellos, daß die Ausdrucksweise in 221. 943, nach welcher der Besitz „durch Rechtsnachfolge" erworben wird, ungenau ist. Richtig gefaßt ist die Parallelstelle 999, die von dem „Vorbesitzer" spricht, „dessen Rechtsnachfolger" der Besitzer geworden ist: nicht durch den Besitzerwerb, sondern durch einen *anderweitigen*, mit dem Besitzerwerb verbundenen Tatbestand (dem Verfügungstatbestand). *Durch* Rechtsnachfolge kann (vom

[4]) Auf diesem Standpunkt stand *Planck* in den früheren Auflagen seines Kommentars (Bd. 1 zu § 221): das Wesen der Rechtsnachfolge bestehe darin, daß der Vormann entweder sein Recht oder, falls er ein solches nicht hat, „doch die Rechtsposition, die er in Ansehung der Sache hat, überträgt". *Hellwig*, Rechtskraft S. 247 bemerkt dagegen, daß der Rechtsvorgänger, von dem in 221 die Rede ist, *nichts* auf den Rechtsnachfolger übertrage als den Besitz. Daraus soll sich die Rechtsnachfolge in den Besitz als solchen ergeben. In seiner dritten Auflage ist *Planck*, wie bereits bemerkt, zu dem Standpunkt *Hellwigs* übergetreten.

Digitized by Google

Erbgang abgesehen) niemand „Besitzer" werden, sondern nur durch Erlangung der tatsächlichen Gewalt[5]). Niemand „besitzt" (außer dem Erben), *weil* sein Rechtsvorgänger besaß. Auch die Besitzübergabe begründet keinen Besitzerwerb *durch* den Besitz des Vorgängers (oben S. 27). Besitznachfolge ist auch im Fall der Übergabe lediglich zeitliche, nicht kausale, von dem Vorgänger „hergeleitete", aus dem Besitz des Vorgängers fließende Nachfolge. Besitz beruht ausschließlich in der *Gegenwart*. Die Vorschriften über Herleitung des Erwerbs von einem Berechtigten oder Nichtberechtigten finden auf den Besitzerwerb *keine* Anwendung. Entscheidend ist, daß die Besitzübergabe zu besitzmittlerischem Besitz (z. B. an den Mieter) zweifellos *keinerlei* Rechtsnachfolge im Sinne des BGB. begründet[6]). Der Besitzmittler hat keine accessio temporis nach 221. 943. Er kann sie gar nicht haben, und der mittelbare Besitzer bedarf ihrer nicht. Der Besitzmittler hat auch nicht den Verwendungsanspruch nach 999 (ihn schützt sein Verhältnis zum mittelbaren Besitzer bezw. 986 Satz 1): der mittelbare Besitzer ist nicht sein „Vorbesitzer". Nur die mit *Verfügungsgeschäft* verbundene Besitzübergabe macht zum Rechtsnachfolger, und zwar hinsichtlich des *Gegenstandes*, auf den die Verfügung bezüglich ist (die Sache), nicht hinsichtlich des Besitzes. Nur Persönlichkeitsnachfolge (Erbgang) begründet abgeleiteten Erwerb der Rechtsstellung eines Besitzers; Rechtsnachfolge in den Besitz als solchen ist unserem Gesetzbuch ebenso unbekannt wie dem gemeinen Recht.

Rechtsnachfolge in Schulden ist genau der gleiche Widerspruch in sich selbst wie Rechtsnachfolge in den Besitz. Durch Persönlichkeitsnachfolge (Erbgang) gehen die Schulden über, nicht durch Ge-

---

[5]) Das bemerkt auch *Planck* in seiner 3. Aufl. S. 364. Dadurch wird aber das Wesen der Rechtsnachfolge für den Besitzerwerb ausgeschlossen. — Es soll nicht verkannt werden, daß die Anwendung von 221. 943 in gewissen Fällen Schwierigkeiten bereitet (*Planck* a. a. O.). Aber diese Schwierigkeiten (die schon für das gemeine Recht bestanden) können nicht durch Verkehrung des Begriffs der Rechtsnachfolge, sondern nur durch *entsprechende* Anwendung der in 221. 943 gegebenen Vorschriften auf *ähnliche* Fälle gehoben werden.

[6]) Gegen *Hellwig*, Rechtskraft S. 250 ff.

Digitized by Google

samtrechtsnachfolge als solche (oben § 7), noch durch Sonderrechtsnachfolge. Über Schulden kann nicht verfügt werden. Schuldübernahme ist ein Verpflichtungsgeschäft, kein Verfügungsgeschäft. Der Inhalt der neuen Schuld bestimmt sich nach Maßgabe der Urschuld, so daß die Wirkung der Übernahme von dem Urschuldverhältnis abhängt. Aber nicht weil die Schuldübernahme abgeleiteten Erwerb (wie wäre das möglich!), sondern weil sie eine abhängige Verpflichtung begründet. Die Rechtssätze von den Verfügungsgeschäften, von der Verfügung des Berechtigten und des Nichtberechtigten, finden auf die Schuldübernahme keine Anwendung. Diese zweifellose Tatsache bedeutet, daß das BGB. keine Rechtsnachfolge in Schulden kennt[7]).

Endlich sind auch alle Rechte nicht gegenständlicher Natur von dem Gebiet der Rechtsnachfolge ausgeschlossen. Es gibt keine Rechtsnachfolge in die Rechte des Personenrechts, weder Gesamtnachfolge noch Sondernachfolge. Hier versagt auch der Erbgang. Nur in die vermögensrechtliche Persönlichkeit des Erblassers tritt der Erbe ein. Eine Ausnahme bildet allein die veräußerliche Mitgliedschaft: sie unterliegt wie der Gesamtnachfolge so der Sondernachfolge. Auch für die unselbständigen, nur als Begleiterscheinung auftretenden Rechte, wie Aufrechnungsrecht, Rücktrittsrecht, Wandelungsrecht, Bestimmungsrecht, Wahlrecht u. s. f. gibt es keinen Erwerb durch Rechtsnachfolge, überhaupt keinen Rechtserwerb im Sinne des BGB. Sie werden niemals als solche erworben, wenngleich sie natürlich mit dem Hauptrecht übergehen. Der Erwerber des Hauptrechts hat auch die Begleitrechte, aber nicht weil der Vormann sie gehabt hat (in bezug auf diese Rechte, man denke z. B. an das Aufrechnungsrecht, hat er keinen Rechtsvorgänger), sondern weil er kraft des Hauptrechts aus eigener Person berechtigt ist.

Rechtsnachfolge, Gesamtnachfolge (den Fall des Erbgangs vor-

[7]) Die herrschende Ansicht ist die jetzt insbesondere von Hellwig, Rechtskraft S. 309 ff. vertretene, daß die Schuldübernahme des BGB. Sonder-Rechtsnachfolge in die Schuld bedeute. Dagegen Romeick a. a. O. S. 96 ff. und oben S. 24 ff.

Digitized by Google

behalten) und Sondernachfolge, gibt es nur in Rechte, und nur in solche Rechte, welche Gegenstände sind.

§ 9.

Rechtserwerb vom Nichtberechtigten.

Die Verfügung, welche die Sonderrechtsnachfolge begründet, hat als solche, mag sie Verfügung eines Berechtigten oder eines Nichtberechtigten sein, drei Rechtswirkungen:

1. sie begründet die Anrechnung der Besitzzeit des Rechtsvorgängers (accessio temporis) für Verjährung und Ersitzung (221. 943);

2. sie gibt das Recht, Verwendungen des Rechtsvorgängers gegenüber dem Herausgabeanspruch des Eigentümers geltend zu machen (999, 1);

3. sie gibt in bezug auf Passivlegitimation gegenüber dem Besitzanspruch die Einwendungen des Rechtsvorgängers (861, 2. 862, 2).

Im übrigen ist für die Rechtswirkung der Verfügung zwischen der Verfügung des Berechtigten, d. h. des Verfügungsberechtigten, und der Verfügung des Nichtberechtigten (Nichtverfügungsberechtigten) zu unterscheiden [1]).

Die Verfügung des Berechtigten macht zum Rechtsnachfolger des Verfügenden und zugleich, wenn durch die Verfügung ein Verfügungsrecht über fremdes Vermögen ausgeübt wird, zum Rechtsnachfolger dessen, über dessen Recht verfügt wird. Das Verfügungsrecht über fremdes Recht bedeutet die Befugnis, dem Inhaber des Rechts einen Rechtsnachfolger zu setzen. So macht der Ehemann durch berechtigte Verfügung über eingebrachtes Frauengut den Erwerber zum Rechtsnachfolger der Frau. Der Pfandberechtigte macht

[1]) Die Verfügung eines nicht Vertretungsberechtigten ist nicht Verfügung eines Nichtberechtigten im Sinne des BGB. Für den Fall des fehlenden Vertretungsrechts gelten ganz andere Vorschriften (177 ff.), Hellwig, Rechtskraft S. 99. 100; Planck Bd. 1, 3. Aufl., zu § 185, S. 324. — Verfügung eines Nichtberechtigten ist die Verfügung im Namen eines nicht Verfügungsberechtigten.

Digitized by Google

den Erwerber zum Rechtsnachfolger des Eigentümers, „wie wenn er die Sache von dem Eigentümer erworben hätte“ (1242)[2]).

Die Verfügung des Verfügungsberechtigten begründet durch die Rechtsnachfolge zugleich den Rechtserwerb. Der Erwerber ist berechtigt, weil und wie sein Rechtsvorgänger berechtigt war. Sein Erwerb ist abgeleiteter Rechtserwerb.

Die Rechtssätze von der Verfügung des Berechtigten finden auch auf die Fälle der auf Rechnung des Berechtigten ergehenden Zwangsverfügung Anwendung.

Der Verfügung des Berechtigten stehen zwei Fälle gegenüber: die Verfügung eines beschränkt Verfügungsberechtigten und die Verfügung eines überall nicht Verfügungsberechtigten.

Die Verfügung eines beschränkt Berechtigten nimmt eine Mittelstellung ein. Soweit der Verfügende verfügungsberechtigt ist, gelten die soeben dargelegten Vorschriften vom abgeleiteten Rechtserwerb. Soweit der Verfügende nicht verfügungsberechtigt ist, gelten die Rechtssätze von der Verfügung eines Nichtberechtigten. Es soll daher von der Verfügung eines beschränkt Berechtigten erst am Schluß gehandelt werden. Unter Verfügung eines Nichtberechtigten soll zunächst die Verfügung eines überall nicht Berechtigten verstanden werden.

Auch die Verfügung des Nichtberechtigten macht als solche den Erwerber zum Rechtsnachfolger des Verfügenden (mit den drei

---

[2]) Nicht im Einklang mit dem Inhalt des BGB. steht Hellwig, Rechtskraft S. 96 ff. (insbesondere S. 103 Anm. 26), wenn er Verfügung eines Nichtberechtigten die Verfügung dessen nennt, „der über ein Recht verfügt, welches ihm nicht zusteht“. Nach Hellwig wäre die Verfügung des Pfandberechtigten Verfügung eines „Nichtberechtigten“. Aber zweifellos ist, daß weder 185 Anwendung findet (der Pfandberechtigte bedarf keiner Zustimmung des Eigentümers), noch 816 (der Pfandberechtigte ist keineswegs zur Herausgabe des Erlangten verpflichtet, auch dann nicht, wenn er sein Pfandrecht durch Verpfändung eines Nichteigentümers originär erworben hat). Hellwig will durch seine Darstellungsweise die berechtigte Verfügung über fremdes Recht mit der Verfügung eines legitimierten nicht Verfügungsberechtigten in eine Linie stellen, um auch im letzteren Fall „Verfügungsmacht“ über fremdes Vermögen (unten Anm. 6) und abgeleiteten Erwerb annehmen zu können. Das ist aber, wie schon durch das eben Gesagte erwiesen sein dürfte, wider das BGB.

Digitized by Google

obenbezeichneten Rechtswirkungen), vorausgesetzt, daß das Verfügungsgeschäft gültig ist. Das echte Verfügungsgeschäft ist trotz mangelnder Verfügungsberechtigung schlechtweg gültig, sobald die allgemeinen Voraussetzungen des Geschäftstatbestandes erfüllt sind[3]). Das verfügende Gestaltungsgeschäft des Nichtberechtigten bezw. gegenüber dem nicht Empfangsberechtigten ist gültig, wenn die mangelnde Berechtigung durch Legitimation zur Verfügung ersetzt wird (vgl. oben S. 14 Anm. 19).

Aber die Verfügung des Nichtberechtigten macht als solche nur zum Rechtsnachfolger eines *Nichtberechtigten*. Solche Rechtsnachfolge begründet keinen Rechtserwerb. Sie versagt als abgeleiteter Erwerbsgrund. Um dennoch den Rechtserwerb zu bewirken, müssen weitere Erwerbstatsachen hinzutreten.

Für die echten Verfügungsgeschäfte gelten die Vorschriften in 185, welche *abgeleiteten* Rechtserwerb auch durch Verfügung eines Nichtberechtigten vermitteln. Das geschieht, wenn der Verfügende später Berechtigter wird (er beerbt z. B. den Berechtigten) oder der Berechtigte den Verfügenden beerbt und unbeschränkt für die Nachlaßverbindlichkeiten haftet: das Rechtsnachfolgeverhältnis zum Verfügenden wirkt von nun an (ex nunc) den (abgeleiteten) Rechtserwerb. Das gleiche geschieht, wenn der Berechtigte seine Zustimmung zu der (im Namen des Nichtberechtigten geschehenen) Verfügung erteilt, sei es als Einwilligung vor oder bei der Verfügung, sei es als Genehmigung nach der Verfügung. Die Zustimmung des Berechtigten zu der Verfügung des Nichtberechtigten bedeutet ein Hilfsverfügungsgeschäft[4]). Auch der Berechtigte ver-

[3]) Die von einigen Schriftstellern (so von *Romeick* a. a. O. S. 10ff. 26. 27, früher auch von *Enneccerus*, Bürg. R. Bd. 1, 2. Aufl., § 61; in seiner 3. Aufl., Bd. 1 § 132 ist der Satz gestrichen) aufgestellte Ansicht, daß das Verfügungsgeschäft des Nichtberechtigten als solches nichtig sei, ist unhaltbar. Den Gegenbeweis erbringt die Möglichkeit des Wirksamwerdens nach 185, 2, das Dasein der Rechtsnachfolge (221. 943. 999). Vgl. *Wendt* im Archiv f. ziv. Praxis Bd. 89 S. 22 ff. und oben S. 13.

[4]) Zustimmung und ebenso die Ermächtigung bedeuten Hilfs-Rechtsgeschäfte, welche über die Wirkung eines *anderen* Rechtsgeschäfts bestimmen. Die sach-

Digitized by Google

fügt. So ist in solchem Falle der Erwerber Rechtsnachfolger auch des Berechtigten: es tritt abgeleiteter Rechtserwerb ein[5]).

Für alle Verfügungsgeschäfte, auch für die verfügenden Gestaltungsgeschäfte, gelten die Rechtssätze von der Legitimation zugunsten des gutgläubigen Erwerbers. Sie vermitteln, soweit die Legitimation zur Verfügung legitimiert, ursprünglichen Rechtserwerb auf Grund der Verfügung eines Nichtberechtigten.

Legitimation ist nicht Berechtigung, auch nicht rechtliche „Macht“[6]). Aber Legitimation ist ein von Rechts wegen für den Verkehr genügender Ausweis der Berechtigung[7]). Die Rechts-

liche Art des Hilfsrechtsgeschäfts ist je nach der Art des anderen Rechtsgeschäfts verschieden. Zustimmung zu einer Verfügung ist eine Hilfs-Verfügung.

[5]) Nicht, wie Hellwig, Rechtskraft S. 98, annimmt, als ob der mit Zustimmung des Berechtigten Verfügende zwar kein Verfügungsrecht, aber doch „Verfügungsmacht“ besäße, so daß die Verfügung des Nichtberechtigten dennoch unter den Gesichtspunkt der Verfügung eines Berechtigten fiele. In 185 wird durch den Wortlaut genau ausgedrückt, daß trotz Zustimmung des Berechtigten Verfügung eines Nichtberechtigten vorliegt. Ungenau ist die Ausdrucksweise in 793. 797 und HGB. 366, wo die „Verfügungsberechtigung“ den Fall der bloßen Einwilligung des Berechtigten einschließt. Was wirkt, ist vielmehr die in der Zustimmung liegende Verfügung des Berechtigten. Weil das Geschäft des Verfügenden selber trotzdem Geschäft eines Nichtberechtigten bleibt, ist das verfügende Gestaltungsgeschäft auch bei Einwilligung des Berechtigten nichtig (oben S. 14).

[6]) Eine Reihe von Schriftstellern, an ihrer Spitze Gierke, Deutsch. Privatr. Bd. 1 § 32 Anm. 2, Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht nach dem BGB. (1897) S. 17, vertritt den Gedanken, daß die das Verfügungsrecht ersetzende Legitimation eine „formale Verfügungsmacht“ bedeute; ähnlich Endemann, Bürg. R. Bd. 2 (8. Aufl.) § 81 S. 530: „Vertretungsmacht“; Crome, System Bd. 1 § 71 S. 314: „kraft Gesetzes eine Verfügungsmacht“: Cosack, Bürg. R. Bd. 2 § 196, IV: der im Grundbuch Eingetragene hat „zwar kein Recht, aber doch die Rechtsmacht zur Auflassung“. Besonders nachdrücklich hat Hellwig, Rechtskraft S. 96 ff. die Frage behandelt. Er schreibt gleichfalls dem legitimierten Nichtberechtigten „kein Recht, wohl aber trotzdem die Macht zur Verfügung über fremdes Recht“ zu (S. 98). Aber eine von Rechtswegen bestehende „Verfügungsmacht“, die kein Verfügungsrecht wäre, ist wie überhaupt so auch auf dem Boden des BGB. nicht denkbar. Jede „rechtliche Macht“ ist nach dem BGB. ein „Recht“ (unten § 15). Auch mit Gierkes „formaler Verfügungsmacht“ wird man eine klare Vorstellung nicht verbinden können. Gegen die Verfügungsmacht des Legitimierten mit Recht Romeick S. 7 ff.; Regelsberger in Iherings Jahrb. Bd. 47 S. 356 ff.

[7]) Regelsberger a. a. O. S. 361 will den Ausdruck Legitimation überhaupt vermieden wissen. Aber der Ausdruck ist für die zusammenfassende

Digitized by Google

sätze von der Legitimation gehen durch das ganze BGB. Es gibt einen legitimierenden Ausweis des Vertretungsrechts (169—173), einen legitimierenden Ausweis des Erbrechts (2366. 2367)[8], einen legitimierenden Ausweis des Verfügungsrechts. Die drei Fälle sind nicht gleichartig[9]. Die beiden erstgenannten Fälle bedeuten Legitimation zur Begründung des Rechtsnachfolgeverhältnisses gegenüber einem bestimmten Rechtsvorgänger (dem Vertretenen, dem Nachlaß), nicht zur Verfügung als solcher: die Erwerbswirkung ist von der Berechtigung dieses Rechtsvorgängers abhängig und geschieht kraft seiner Berechtigung, der Erwerb ist abgeleiteter Erwerb. Anders im dritten Fall des zur Verfügung legitimierenden Ausweises. Dieser letzte Fall ist der wichtigste. An ihn ist immer an erster Stelle zu denken, wenn das BGB. von Vorschriften zugunsten derer spricht, die Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten. Von diesem letzten Fall, daß der Legiti-

---

Bezeichnung einer ganzen Reihe von rechtlichen Erscheinungen unentbehrlich. Er muß nur nicht mit falschen Anschauungen (Anm. 6) verknüpft werden. Daß Legitimation als solche keine Berechtigung ist, darf als durchaus herrschende Meinung bezeichnet werden; die in Anm. 6 angezogenen Äußerungen stellen eine, wenngleich von beachtlicher Seite vertretene, Sonderlehre dar.

[8]) Dem Erbschein gleiche Wirkung hat bekanntlich das Testamentsvollstreckerzeugnis (2368), die Todeserklärung (2370), das Zeugnis über die Fortsetzung der Gütergemeinschaft (1507).

[9]) Daß die verschiedenen Fälle des „Erwerbs vom Nichtberechtigten" unterschieden werden müssen, hat neuerdings Strohal, Erbrecht 3. Aufl. Bd. 2 (1904) S. 153 Anm. 6 h nachgewiesen. Der Erbschein ersetzt nicht das Verfügungsrecht, sondern nur das Erbrecht. Voraussetzung des Erwerbes vom Erbscheinserben ist, daß der Gegenstand zum Nachlaß gehört, also die Berechtigung eines bestimmten Vorgängers (des Nachlasses). Die Verfügung des Erbscheinserben wirkt nicht schlechtweg Rechtserwerb, sondern nur Rechtsnachfolge, aber gegenüber dem Nachlaß, nicht bloß gegenüber dem Verfügenden. Der Rechtserwerb ist von der Berechtigung „des Nachlasses" abhängig. Er geht durch Rechtsnachfolge vor sich, d. h. er ist (wie bereits Strohal ausgeführt hat) abgeleiteter Erwerb. Andererseits beziehen die Vorschriften über Stellvertreterlegitimation sich überhaupt nicht auf die Verfügung als solche. Sie sind (anders der Erbschein) ebenso für Verpflichtungsgeschäfte des Vertreters von Bedeutung. Soweit aber die Vorschriften von der Vertreterlegitimation auf die Verfügungsgeschäfte anzuwenden sind, bewirken sie gleich dem Erbschein Rechtsnachfolge gegenüber dem Vertretenen und folgeweise von der Berechtigung dieses Vertretenen abhängigen, d. h. gleichfalls abgeleiteten Erwerb.

Digitized by Google

mierte als Verfügungsberechtigter legitimiert ist, soll hier die Rede sein.

Alle Rechtssätze von der Legitimation gelten nur für den rechtsgeschäftlichen Verkehr. So finden denn auch die Rechtssätze von der Legitimation zur Verfügung auf die Fälle der Zwangsverfügung durch Gesetz oder Richterspruch (Obrigkeit) keine Anwendung[10]). Sie gelten nur für Verfügungsgeschäfte, aber nicht bloß für die echten Verfügungsgeschäfte, sondern ebenso für die verfügenden Gestaltungsgeschäfte (oben S. 12. 13).

Die folgenden Voraussetzungen müssen gegeben sein, um Rechtserwerb durch Verfügung eines Nichtberechtigten zu begründen:

1. Ein Verfügungsgeschäft (bezw. verfügendes Gestaltungsgeschäft), d. h. ein abgeleiteter Erwerbsgrund, welcher die Rechtsnachfolge im Verhältnis zum Verfügenden begründet, der also an sich, falls Verfügender verfügungsberechtigt ist, geeignet ist, den gewollten Rechtserwerb herbeizuführen. Das Verfügungsgeschäft ist der justus titulus unseres heutigen Rechts. Er muß vorhanden sein, d. h. das Geschäft muß gültig sein. Putativtitel genügt nicht[11]). Bei bloß vermeintlichem Erwerbsgrunde (es fehlte z. B. dem Verfügenden die Geschäftsfähigkeit) bedarf es der Ersitzung.

2. Zum justus titulus muß die bona fides hinzukommen, der gute Glaube, dessen Art für die einzelnen Fälle verschieden bestimmt ist[12]), der aber zum mindesten das Nichtwissen von dem Mangel der Verfügungsberechtigung des Verfügenden bedeutet.

3. Der gute Glaube muß durch die Legitimation des Verfügenden objektiv gerechtfertigt sein[13]). Die Voraussetzungen

[10]) Eine Ausnahme bilden bekanntlich die gesetzlichen Pfandrechte des Handelsgesetzbuches, HGB. 366, 3. 623, 3.

[11]) Vgl. Wendt im Archiv f. ziv. Praxis Bd. 89 S. 21 ff. Von Erörterung der Ausnahmen sehe ich ab (vgl. Anm. 15). — Das verfügende Gestaltungsgeschäft ist kraft der Legitimation gültig, oben S. 14 Anm. 19.

[12]) Hier greifen bekanntlich auch die Vorschriften in HGB 366 ein, die nicht mit Wendt a. a. O. S. 66 ff. auf das Gebiet des BGB. übertragen werden dürfen.

[13]) Daß dies der Sinn der Vorschriften von der Legitimation ist, darf als

Digitized by Google

der Legitimation sind für die verschiedenen Fälle verschieden. Den Cedenten legitimiert dem unwissenden Schuldner gegenüber seine bisherige Gläubigerschaft (406—408). Den Cessionar legitimiert die Cessionsurkunde bezw. die Anzeige des Gläubigers an den Schuldner (409). Für den Fahrnisverkehr legitimiert der Besitz (932 ff.), für den Grundbuchverkehr die Eintragung in das Grundbuch (892. 893).

4. Für den Fahrniserwerb vom Nichtberechtigten muß noch ein viertes Erfordernis erfüllt sein. Die Sache muß geeignet sein für den Erwerb vom Nichtberechtigten (res habilis). Abhanden gekommene Sachen (res furtivae) sind mit gewissen Ausnahmen (Geld, Inhaberpapiere, öffentlich versteigerte Sachen) von dem Gebiet des Erwerbes vom Nichtberechtigten ausgeschlossen (935).

Man sieht: der Erwerb vom nicht Verfügungsberechtigten erinnert in seinen Voraussetzungen an den römischrechtlichen und gemeinrechtlichen Erwerb durch Ersitzung[14]). Das Erfordernis des Zeitablaufes fehlt. An seiner Stelle steht das Erfordernis der Legitimation. Der Verkehr der Gegenwart hat keine Zeit, zu warten: er verlangt sofortigen Erwerb des Gutgläubigen. Aber die Art des Erwerbes ist die gleiche hier wie dort. Auch die römische Ersitzung hat grundsätzlich das Dasein eines abgeleiteten Erwerbsgrundes (eines Verfügungsgeschäfts) und damit eines Rechtsnachfolgeverhältnisses zur Voraussetzung[15]). Auch die römische Ersitzung betrifft den Fall, daß die Rechtsnachfolge für die Herbeiführung des gewollten Rechtserwerbs kraftlos ist und deshalb der Ergänzung durch anderweitigen Erwerbsgrund bedarf. Zweifellos ist der Ersitzungserwerb ein ursprünglicher Erwerb[16]). Obgleich

---

die vorherrschende Meinung bezeichnet werden. So auch Regelsberger in Iherings Jahrb. Bd. 47 S. 355.

[14]) An die Analogie der Ersitzung erinnern schon die Motive Bd. 3 S. 342.

[15]) Die Abschwächung dieses Erfordernisses durch die Rechtssätze vom sog. Putativtitel ist für den vom Nichtberechtigten „hergeleiteten" Erwerb vom BGB. nicht übernommen (gewisse Fälle des Gütergemeinschaftsrechts vorbehalten).

[16]) Vgl. oben S. 37. Das darf denn auch heute als durchaus herrschende Meinung angesehen werden. Vgl. aus jüngster Zeit Regelsberger a. a. O. S. 373. 374.

Digitized by Google

der Ersitzungserwerber in die gleiche Rechtslage eintritt wie der Vorberechtigte, ist er nicht Rechtsnachfolger des Vorberechtigten. Ganz geradeso in unserem Fall. Die Verfügung des Nichtberechtigten wirkt Rechtsnachfolge nur gegenüber dem Nichtberechtigten. Das drückt das Gesetzbuch mit den Worten aus, daß der Erwerb „vom Nichtberechtigten hergeleitet" wird (vgl. z. B. 135, 2. 161, 3). Vom Berechtigten kann er *nicht* hergeleitet werden. Deutlicher kann es vom BGB. nicht gesagt werden, daß der Berechtigte in unserem Fall *nicht* den Rechtsvorgänger des Erwerbenden darstellt. Aber auch vom Nichtberechtigten kann der Erwerb in Wahrheit *nicht* „hergeleitet" werden — in dieser Hinsicht ist der Wortlaut des Gesetzes irreführend —, denn die Rechtsvorgängerschaft eines Nichtberechtigten genügt nicht zum Erwerb. Darum drückt das BGB. an anderer Stelle sich deutlicher und besser dahin aus, daß in solchen Fällen die Verfügung des Nichtberechtigten „dem Berechtigten *gegenüber wirksam* ist" (816). Der Rechtserwerbsgrund wirkt *gegen* den Berechtigten, er wirkt nicht kraft, sondern *trotz* seiner Berechtigung. Darum ist es *gleichgültig*, wer der Berechtigte ist. Das ist der entscheidende Punkt. Der Erwerbsgrund weist auf keinen bestimmten Vorgänger im Recht hin, um auf dessen Berechtigung den Rechtserwerb zu *gründen*; es kommt vielmehr nicht darauf an, wer bis dahin berechtigt war, das heißt: der Berechtigte ist zwar Vorgänger im Recht[17]), aber nicht Rechtsvorgänger im Rechtssinn. Die in neuerer Zeit namentlich von *Hellwig* verteidigte Meinung[18]), daß die Verfügung des

[17]) Dessen Rechtslage für und gegen den Erwerbenden maßgebend ist, ganz wie bei der Ersitzung, vgl. oben S. 37. Die bestehenden Belastungen des Gegenstandes dauern fort, wenn nicht auch in bezug auf sie ursprünglicher Erwerb der Befreiung von der Belastung vorliegt (vgl. z. B. 936).

[18]) *Hellwig*, Rechtskraft S. 100 ff. Civilproz. Bd. 1 S. 274 ff. *Hellwig* will die Fälle der Legitimation gleichsetzen mit den Fällen der Verfügung des über *fremdes* Vermögen Verfügungsberechtigten. Das ist der Grundirrtum. *Hellwig* macht den Berechtigten (z. B. den Pfandberechtigten) zum Nichtberechtigten (oben Anm. 2) und den Nichtberechtigten (den bloß Legitimierten) zum gleichsam Berechtigten (rechtliche „Macht" Besitzenden, oben Anm. 6). So wird der Unterschied der Fälle der Verfügung eines Berechtigten

Digitized by Google

Nichtberechtigten den Erwerber zum Rechtsnachfolger des Berechtigten mache (Rechtsnachfolge im eigentlichen Sinne) und dadurch abgeleiteten Erwerb vermittle, ist unmöglich. Der Erwerb kraft Verfügung des legitimierten Nichtberechtigten folgt nicht aus der Verfügung als solcher, sondern aus anderweitigem Tatbestande und ist folgegemäß nicht vom Berechtigten abgeleiteter, sondern ursprünglicher Erwerb.

Soweit der Verfügende nur beschränkt berechtigt ist, finden die Vorschriften von der Verfügung eines Nichtberechtigten auch auf die Verfügung eines beschränkt Berechtigten Anwendung. Das Recht des Verfügenden kann durch begrenzte Rechte dritter oder durch Verfügungsbeschränkungen privatrechtlicher Art (im Interesse bestimmter Personen) beschränkt sein. Seine Dauer kann einem Endtermin oder einer auflösenden Bedingung unterliegen. Ja es ist möglich, daß sein gegenwärtig unbeschränktes und voll wirksames Recht infolge einer Anfechtung des den Rechtserwerb begründenden Rechtsgeschäfts rückwärts verschwindet. In allen solchen Fällen verfügt ein beschränkt Berechtigter. Ist aber der Verfügende legitimiert und auf seiten des Erwerbers der entsprechende gute Glaube vorhanden,

---

(abgeleiteter Erwerb) und des Erwerbs vom legitimierten Nichtberechtigten (ursprünglicher Erwerb) verwischt. Ähnlich schon früher Gierke, Deutsch. Privatr. Bd. 1 § 32 Anm. 2 a. E. Endemann, Bürg. R. Bd. 2 § 81; Crome, Syst. Bd. 1 § 71 S. 314. Auch Wendt im Archiv f. civ. Praxis Bd. 89 S. 18 ff. will in unserem Fall, ebenso auch im Fall der Ersitzung, „nicht rein von originärem Erwerb" sprechen, weil doch Voraussetzung das Dasein eines abgeleiteten Erwerbsgrundes (des Titels) sei (aber der abgeleitete Erwerbsgrund ist nicht als solcher der Erwerbsgrund). An Hellwig haben sich angeschlossen M. Wolff, Das Recht zum Besitze, in der Berliner Festgabe für Koch (1903) S. 157 Anm. 1; Dernburg, Bürg. R. Bd. 1 § 103 V, 2, S. 316, der letztere mit der unklaren Wendung: unter abgeleitetem Erwerb sei derjenige zu verstehen, „welcher darauf angelegt ist, daß der Erwerb nicht ursprünglich, sondern kraft des Überganges von einem Vorgänger sich vollzieht". Für ursprünglichen Erwerb sind dagegen eingetreten Bekker, Pand. Bd. 1 § 33 S. 109; Stobbe-Lehmann, Deutsch. Privatr. Bd. 2 (3. Aufl.) S. 408 ff.; Lehmann, Bürg. R. Bd. 2 (2. Aufl.) S. 167; in treffender Polemik gegen Hellwig neuerdings Romeick a. a. O. S. 35 ff.: Regelsberger in Iherings Jahrb. Bd. 47 S. 375 ff.; Strohal, Erbrecht (3. Aufl.) Bd. 2 § 68 Anm. 6 h; Enneccerus, Bürg. R. Bd. 1 (3. Aufl.) § 132.

Digitized by Google

so hat auch die Verfügung des beschränkt Berechtigten ursprüngliche Kraft zugunsten des Erwerbers: der gutgläubige rechtsgeschäftliche Erwerb ist von der etwa vorhandenen Beschränkung unabhängig. Er tritt ein ohne Rücksicht auf die Beschränkung[19]).

So ergibt sich der Wert der Rechtssätze von der Legitimation auch für die Verfügung eines *Berechtigten*. Regelmäßig wird der Berechtigte zugleich legitimiert sein, wird der an der Fahrnis Berechtigte die Fahrnis besitzen, der am Grundstück Berechtigte im Grundbuch stehen, der angezeigte Cessionar der wirkliche Cessionar sein. Dann gelten die Rechtssätze von der Verfügung des Berechtigten. Aber es können auch die Rechtssätze von der Verfügung des Nichtberechtigten bedeutsam werden, sobald irgendein Mangel im Recht des Berechtigten hervortritt, sobald z. B. das Recht des Cessionars nachträglich etwa durch Anfechtung des Cessionsgeschäfts verschwindet. Dann treten die Rechtssätze von der Verfügung des Nichtberechtigten ein: der Erwerb, z. B. Befreiung des Schuldners durch Zahlung an den angezeigten Cessionar, bleibt aufrecht. Die Verfügung des Legitimierten ist für den Erwerber *besser* als die Verfügung des (lediglich) Berechtigten[20]). Die Verfügung des (lediglich) Berechtigten kann sich nachträglich, z. B. infolge von Anfechtung, in Verfügung eines Nichtberechtigten verwandeln. Für die Verfügung des Legitimierten ist Verwandlung in Verfügung eines nicht Legitimierten ausgeschlossen, und soll sie ausgeschlossen sein. Gerade darum ist die Legitimation durchweg auf Tatbestände *nicht*-rechtsgeschäftlicher und damit *nicht anfechtbarer* Art gegründet, so auf den Besitz, auf die Eintragung im Grundbuch. Auch die Anzeige des Gläubigers, die den Cessionar als solchen legitimiert, ist nicht rechtsgeschäftlich geartet und kann, im Widerspruch mit der herrschenden Meinung[21]), nicht etwa durch Anfechtung rückwärts

[19]) Vgl. 135. 161. 936. 2113. 2129. 2211. EG. 61. 168.

[20]) Darum kann der Schuldner die Zahlung an den nicht legitimierten Cessionar verweigern und dessen Kündigung und Mahnung ablehnen (410. 1160).

[21]) Vgl. z. B. Motive Bd. 2 S. 136; *Planck* Bd. 2 zu § 409 Ziff. 1. 3. 5; *Endemann*, Bürg. R. Bd. 1 (8. Aufl.) S. 880; *Crome* Bd. 2 S. 332.

Digitized by Google

vernichtet werden. Die Anzeige wirkt als bloße Mitteilung eines vergangenen Tatbestandes, nicht als Willenserklärung: sie wirkt die Legitimation rechtssatzmäßig ohne Rücksicht auf den Willen des Anzeigenden.

Alle Legitimationsgründe sind rein äußerlicher tatsächlicher Art und von rechtssatzmäßiger, zwingender, nicht gewillkürter Wirkung. Darum kann der Legitimationsgrund niemals durch Anfechtung rückwärts verschwinden. Darum ist für den gutgläubigen Verkehr die Legitimation des Verfügenden besser als die (bloße) Berechtigung. Trotz des Verfügungsgeschäfts ist, wie sich hier aufs neue bestätigt, der Erwerb vom Legitimierten *kein* verfügungsgeschäftlicher und damit kein abgeleiteter, sondern, gleich der Ersitzung, ein auf *Gesetz* beruhender ursprünglicher Erwerb.

Alle diese Rechtssätze aber, sowohl über den ursprünglichen wie über den abgeleiteten Rechtserwerb, über den Erwerb vom Berechtigten und vom Nichtberechtigten finden nur auf *Gegenstände* Anwendung. Für den Erwerb von Rechten des Persönenrechts, für den Besitzerwerb, für die Schuldübernahme, für den Erwerb unselbständiger Rechte (des Anfechtungsrechts, Aufrechnungsrechts usw.) haben alle diese Unterscheidungen und Rechtssätze keine Geltung.

334; *Dernburg*, Bürg. R. Bd. 2 § 141. Die Meinung ist, daß in der Anzeige und ebenso in der Ausstellung einer Cessionsurkunde der Gläubiger die Willenserklärung abgebe, der Dritte sei nunmehr vom Schuldner als der Gläubiger zu betrachten. Es ist aber zweifellos, daß es ganz gleichgültig ist, ob der Gläubiger solchen Willen hatte oder nicht. Es wäre sogar gleichgültig, wenn der Gläubiger dem Schuldner ausdrücklich mitteilen würde, daß der Cessionar dennoch nicht als legitimiert zu betrachten sei. Die Legitimation ruht auf der *Tatsache* der Anzeige, der Urkunde als solcher, nicht auf dem Willen des Gläubigers. Anzeige und Urkundenausstellung sind Rechtshandlungen und haben deshalb Geschäftsfähigkeit zur Voraussetzung (oben S. 27 Anm. 9), aber keine Rechtsgeschäfte. Gerade darauf beruht der *Wert* der Legitimation durch Anzeige bezw. Urkunde für den Schuldner. Die herrschende Meinung entkräftet die Rechtssätze von der Legitimation.

Digitized by Google

§ 10.

Arten der Rechtsgemeinschaft.

Rechte, welche *Gegenstände* sind[1]), können einer Gemeinschaft unterliegen[2]). Was nicht Gegenstand ist (Besitz, Schulden, personenrechtliche Rechte, unselbständige Rechte), kann nicht gemeinschaftlich im Sinne der Vorschriften von der Gemeinschaft (741 ff.) sein. Es gibt keinen „Anteil" am Besitz, weder einen Bruchteil, noch einen Gesamtrechtsanteil, ebenso keinen „Anteil" an einer Schuld. Besitz und Schuldverhältnis stehen *außerhalb* der Kategorien wie des Rechtserwerbs so auch der Rechtsgemeinschaft. Nur an *Gegenständen* sind Anteile im Rechtssinne möglich.

Es gibt zwei Arten von Anteilen: Anteile kraft Vermögensrechts (Bruchteile) und Anteile kraft personenrechtlichen Güterrechts (personenrechtliche Anteile). Danach gibt es zwei Arten der Gemeinschaft: Gemeinschaft nach Bruchteilen und Gesamtberechtigung. Die Gemeinschaft nach Bruchteilen (sie soll Mitberechtigung genannt werden) bildet die Regel (741). Die Gesamtberechtigung tritt nur als die *gesetzlich* vorgeschriebene Wirkung *bestimmter* personenrechtlicher Verhältnisse ein. Der wichtigste Fall der Mitberechtigung ist das Miteigentum (1008 ff.). Ihm steht als wichtigster Fall der Gesamtberechtigung das Gesamteigentum gegenüber.

Die Mitberechtigung bedeutet Aufteilung des Gegenstandes (des Rechts) in *mehrere Gegenstände* (Bruchteilsrechte, z. B. Mit-

---

[1]) Zu den gegenständlich gearteten Rechten gehört an erster Stelle das Eigentum, welches für den Verkehr in der Gestalt eines *körperlichen* Gegenstandes, der Sache, erscheint, oben § 3. In Wahrheit ist *Verfügungs*gegenstand nicht der körperliche Gegenstand als solcher (dieser ist nur Herrschaftsgegenstand), sondern das Recht an der Sache (das Eigentum).

[2]) In 741 ff. wird das „Recht" (741), welches der Gemeinschaft unterworfen ist, schlechtweg mit „Gegenstand" gleichgesetzt, vgl. 743, 2. 744. 745, 1. 3. 746—748. Das gilt auch für die Fälle der Gesamtberechtigung, die nach dem BGB. (741) eine Art der „Gemeinschaft" ist. Auf die Vorschriften über die Gemeinschaft wird wiederholt in Gesamtrechtsfällen Bezug genommen, vgl. 731. 1477, 1. 2042, 2. 2044, 1.

Digitized by Google

eigentumsrechte) *ohne* Aufteilung der Rechts*ausübung*. Jeder Teilhaber hat sein besonderes Vermögensrecht (sein Bruchteilsrecht). Aber das einzelne Bruchteilsrecht ist der selbständigen Ausübung unfähig. Der Gegenstand ist gemeinschaftlich kraft der rechtlichen Notwendigkeit *gemeinsamer Ausübung* der Teilrechte.

Gemeinschaft nach Bruchteilen besteht daher nur da, wo die Aufteilung des Rechts in mehrere Vermögensrechte dennoch die Aufteilung der Ausübung nicht einschließt. So besteht also Miteigentum bei Teilung des Eigentums *ohne* Teilung der Sache[3]). In gleicher Weise gibt es Mitberechtigung hinsichtlich anderer Sachenrechte (z. B. Miterbbaurecht, Mitnießbrauchsrecht), ebenso Miturheberrecht, Miterfinderrecht. Mitberechtigung (Bruchteilsberechtigung) an Forderungsrechten aber ist ausgeschlossen[4]). Die Teilung eines teilbaren (auf eine teilbare Leistung gerichteten) Forderungsrechts schließt zugleich die Teilung der Ausübung in sich. Teilung eines unteilbaren Forderungsrechts aber ist unmöglich; jeder Mitgläubiger hat das ganze Forderungsrecht, sei es als Gesamtgläubiger (daß ihm geleistet werde), sei es so, daß er nur die Leistung an alle Mitgläubiger gemeinsam fordern kann (432): es entsteht keine Gemeinschaft des Forderungsrechts nach Bruchteilen, Unteilbarkeit der Ausübung wirkt Unteilbarkeit des Forderungsrechts selber. Wie in bezug auf die Forderungsrechte, so ist auch in bezug auf ihre dinglichen Nebenrechte (Pfandrecht, Hypothek) Mitberechtigung nach Bruchteilen unmöglich. Immer schließt die Teilung *dieser* Rechte (falls sie teilbar sind, d. h. auf teilbare Leistung gehen) die Teilung der Ausübung notwendig in sich: die Teilung des Rechts wirkt *keine* Gemeinschaft[5]).

---

[3]) Diese Auffassung des Miteigentums entspricht der allgemein herrschenden Lehre, vgl. z. B. *Jörges*, Miteigentum und gesamte Hand, in Goldschmidt, Zeitschr. f. Handelsr. Bd. 49 S. 155 ff.

[4]) Das entspricht gleichfalls der herrschenden Lehre, vgl. *Binder*, Rechtsstellung des Erben Bd. 3 (1905) S. 47 bei Anm. 13 und die dort Angeführten.

[5]) Anders nur wenn das Forderungsrecht Nebenrecht des Eigentums ist (so bei Inhaberpapieren). Hier schließt das Miteigentum an der Sache (am Papier) Mitberechtigung hinsichtlich der Forderung in sich: trotz Teilung des

Digitized by Google

Gesamtberechtigung aber bedeutet Gemeinschaft *ohne* Aufteilung des Rechts (des Gegenstandes) in mehrere *Gegenstände*. Auch hier ist das Recht *geteilt*. Jeder einzelne Gesamtberechtigte hat seinen „Anteil" an den „einzelnen Gegenständen", sein ihm zukommendes Teilrecht. In allen Fällen der Gemeinschaft, auch in den Fällen der Gesamtberechtigung, besteht Teilung der Rechts*zuständigkeit*. Dadurch unterscheidet sich die Gemeinschaft, auch die Gemeinschaft zu gesamter Hand, begrifflich von der juristischen Person[6]). Zuständigkeit *desselben* ungeteilten Rechts an *mehrere* Rechtssubjekte ist ein Widerspruch in sich selbst[7]). Soviel Rechtsträger, soviel Rechte (Teilrechte). Aber der Anteil des Gesamtberechtigten ist *kein Gegenstand*. Das ist der Unterschied der beiden Arten der Gemeinschaft. Was bedeutet das? Der Anteil des Gesamtberechtigten ist nicht vermögensrechtlicher, sondern personenrechtlicher Natur. Er beruht nicht in einem den einzelnen Gegenstand als solchen treffenden vermögensrechtlichen, sondern in einem für einen *Inbegriff* von Gegenständen wirkenden *personenrechtlichen* Verhältnisse (unten § 12). Darum ist er kein Gegenstand, d. h. kein Verfügungsgegenstand. Kein Gesamtberechtigter kann über seinen Anteil an dem einzelnen Gegenstande verfügen. Die *Verfügung* muß *gemeinsam* sein[8]). Der Gegenstand erscheint für die *Verfügung* als ungeteilt. Die Rechtsgemeinschaft ist hier nicht durch die Gemeinschaft der Ausübung (als solche), sondern durch die rechtsnotwendige Gemeinschaft der *Verfügung* gegeben. Die Art der Rechtsausübung ist gleichgültig. Gesamt-

---

Rechts bleibt, auch wenn die Leistung teilbar ist, Gemeinschaft der Ausübung, denn der Schuldner leistet nur gegen Aushändigung des Papiers.

[6]) Vgl. *Heusler*, Institutionen des deutschen Privatrechts Bd. 1 S. 239. 249.

[7]) Das gilt trotz der auf *Gierkes* Ausführungen ruhenden herrschenden Lehre auch für das Recht des BGB., vgl. *Isay*, a. a. O. Bd. 49 S. 176 ff., Bd. 51 S. 54 ff.; *Binder*, Rechtsstellung des Erben Bd. 3 S. 14 ff. und unten § 12.

[8]) Nach Maßgabe der Rechtssätze von der Ordnung des personenrechtlichen Verhältnisses.

Digitized by Google

berechtigung gibt es darum ausnahmslos für alle Gegenstände, auch in bezug auf Forderungsrechte, Pfandrechte, Hypothekenrechte [9]).

Die Teilhaber der Bruchteilsgemeinschaft sind durch die rechtsnotwendige Einheit der Ausübung, die Teilhaber der Gesamtrechtsgemeinschaft durch die rechtsnotwendige Einheit der Verfügung verbundene Gemeinschafter. Die Einheit der Rechtszuständigkeit aber bleibt den Fällen der juristischen Persönlichkeit einer Personengemeinschaft vorbehalten.

§ 11.

Die Mitberechtigung.

1. Entstehung der Mitberechtigung. Die Mitberechtigung (der Bruchteil) ist ein Anteil kraft Vermögensrechts, d. h. kraft der Rechtssätze, die für die einzelnen Gegenstände als solche gelten. Die Gemeinschaft nach Bruchteilen ist immer nur Gemeinschaft eines einzelnen Gegenstandes [1]). Sie entsteht nach den Rechtssätzen vom Sonderrechtserwerb: entweder durch ursprünglichen oder durch abgeleiteten Erwerb. Durch ursprünglichen Erwerb entsteht sie (ohne Verfügung) infolge der Vorschriften von der Sachverbindung (947, 1) und vom Schatzfunde (984); Erzeugnisse einer im Miteigentum befindlichen Sache stehen auch ihrerseits im

[9]) In 754 wird von Auseinandersetzung bezüglich einer „gemeinschaftlichen Forderung" gehandelt. Es gibt also zweifellos (gegen Jörges a. a. O. Bd. 49 S. 179 Anm.) nach dem BGB. gemeinschaftliche Forderungen im Sinne der Vorschriften von der Gemeinschaft. Nicht gemeint sind die Fälle der Gesamtgläubigerschaft mit ihren Nebenfällen (432), denn hier besteht keine Gemeinschaft im Sinne von 741 ff., sondern (außer dem in Anm. 5 besprochenen Sonderfall) die Fälle der Gesamtberechtigung (kraft Erbengemeinschaft, vgl. 2039, Gütergemeinschaft, Gesellschaftergemeinschaft). Auch die Gesamtberechtigung fällt unter die Gemeinschaft des BGB. (oben Anm. 2), insbesondere hinsichtlich der Rechtssätze von der Auseinandersetzung, wenngleich sie (gegen Binder Bd. 3 S. 42 ff.) keine Bruchteilsgemeinschaft ist.

[1]) Es gibt keine Gemeinschaft nach Bruchteilen an einem ganzen Vermögen oder an einem Inbegriff. „Übertragung" eines Bruchteils des Vermögens (310. 311) ist ein ungenauer Ausdruck.

Digitized by Google

Miteigentum der Teilhaber[2]). Außer diesen Fällen des ursprünglichen Erwerbes entsteht die Mitberechtigung durch Verfügung: sei es durch Verfügung eines Berechtigten, sei es nach Maßgabe der Rechtssätze von der Verfügung eines Nichtberechtigten. So kann durch Auflassung eines Grundstücks (zu Miteigentum), durch Übereignung von Fahrnis (zu Miteigentum) Gemeinschaft nach Bruchteilen erzeugt werden. Die auf Teilung des Rechts gerichtete Verfügung bringt, falls dadurch nicht zugleich die Ausübung geteilt wird, Gemeinschaft nach Bruchteilen hervor. Bruchteilsgemeinschaft kann also durch Verfügung begründet werden (Gesamtberechtigung nicht) und hat, sofern nicht jene ursprünglichen Erwerbsgründe eingreifen, stets Verfügung zur Voraussetzung. Schon daraus folgt, daß die Mitberechtigung (der Bruchteil) einen Gegenstand im Rechtssinn bedeutet.

2. Wesen der Mitberechtigung. Die Mitberechtigung (der Bruchteil) ist ein selbständiges Vermögensrecht, d. h. ein Gegenstand. Der Anteil ist selbständig verkehrsfähig. Es gibt eine Sondernachfolge in die einzelne Bruchteilsberechtigung (an diesem bestimmten Gegenstande). Der Mitberechtigte kann über seinen Anteil durch Veräußerung, Belastung frei verfügen (747); der Anteil kann Gegenstand einer Zwangsverfügung (z. B. Zwangsvollstreckung) sein; er gehört zur Konkursmasse des Teilhabers. In dem Rechtssatz von der freien Verfügungsmacht über den Anteil liegt das Wesen der Bruchteilsgemeinschaft ausgesprochen: das Recht ist in mehrere Gegenstände aufgeteilt[3]). Durch die Ver-

[2]) Erwerb der Erzeugnisse kraft dinglichen Rechtsverhältnisses geht ohne Verfügung vor sich und ist daher gleichfalls ursprünglicher Erwerb (oben S. 36 Anm. 15).

[3]) Die Mehrheit der Gegenstände besteht selbstverständlich erst nach Entstehung der Bruchteile. Der Alleinberechtigte hat nur einen Gegenstand, über den er deshalb auch nur im ganzen verfügen kann. Belastung eines Bruchteils durch einen Alleinberechtigten ist ausgeschlossen (1094, 2. 1106. 1114, vgl. CPO. 864, 2). Veräußerung zu einem Bruchteil ist möglich, weil darin Verfügung über den ganzen Gegenstand (Aufteilung des Rechtes) liegt. Ebenso kann der Bruchteilsberechtigte nicht einen Bruchteil des Bruchteils belasten, wenngleich er seinen Bruchteil zu einem Bruchteil veräußern kann.

Digitized by Google

fügungsfreiheit sind die Anteile voneinander nach bestimmten Grenzen *gesonderte* Vermögensrechte. Die Bruchteile sind *feste* Anteile, es gibt keine Abwachsung noch Anwachsung. Die Verfügungsfreiheit ist *zwingenden* Rechts. Sie kann auch durch Vereinbarung der Mitberechtigten nicht ausgeschlossen noch beschränkt werden[4]). Niemals schließt die Mitberechtigung Verfügungsmacht über den Anteil eines anderen Mitberechtigten in sich. Soll über das volle Recht (über den gemeinschaftlichen Gegenstand im ganzen) verfügt werden, so bedarf es einer gemeinschaftlichen Verfügung *aller* Mitberechtigten (747 Satz 2), d. h. einer Vielheit von gegeneinander selbständigen Verfügungen. Soviel Bruchteile, soviel selbständige Gegenstände des verfügungsgeschäftlichen Verkehrs.

§ 12.

Die Gesamtberechtigung.

Gesamtberechtigung (Gemeinschaft zu gesamter Hand) ist Rechtsgemeinschaft kraft Personenrechts[1]), nämlich kraft personenrechtlichen Güterrechts. Sie gilt nur in den gesetzlich bestimmten Fällen (741): nach dem BGB. in den Fällen der Gesellschaft (mit gemeinsamer

[4]) Die Vorschrift in 137 gilt auch für die Mitberechtigung, Jörges a. a. O. S. 187.

[1]) In diesem Punkte ist Gierke beizutreten, und ruht in diesem Satze der dogmatische Ertrag seiner bedeutenden Arbeiten. Vgl. insbesondere Gierke, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung (1887) S. 343 ff., Deutsches Privatrecht Bd. 1 S. 660 ff., Personengemeinschaften und Vermögensinbegriffe in dem Entwurf eines BGB. (1889), Vereine ohne Rechtsfähigkeit, 2. Aufl., 1902 (vgl. auch oben S. 40 Anm. 6). Abzulehnen aber ist seine Auffassung, daß die durch Gesamtberechtigung verbundenen Personen für die Rechtszuständigkeit „eine Personeneinheit" darstellen, so daß „die verbundene Personenmehrheit als solche rechtsfähig und handlungsfähig ist" (so z. B. Gierke, Deutsches Privatr. Bd. 1 S. 661. 682. 684, Genossenschaftstheorie S. 343. 344. 494, Vereine ohne Rechtsfähigkeit S. 29). Damit würde die Gemeinschaft zu gesamter Hand dennoch ein neues Rechtssubjekt und nicht bloß (wie Deutsch. Privatr. Bd. 1 S. 660 zu lesen steht) „ein Rechtsverhältnis, kein Rechtssubjekt" bedeuten. Eine Gemeinschaft, die als solche rechtsfähig und doch keine juristische Person sein soll, erscheint als ein Widerspruch in sich selbst. Vgl. oben § 10 Anm. 6. 7.

Digitized by Google

Geschäftsführung), der gütergemeinschaftlichen Ehe, der Erbengemeinschaft[2]). Sie bedeutet die rechtssatzmäßig eintretende vermögensrechtliche Wirkung der genannten personenrechtlichen Verhältnisse. Zwar bedarf es eines Vertrages, damit die Gesellschaft, die Ehe Gesamtberechtigung wirke: im Falle der Gesellschaft des Vertrages über gemeinschaftliche Geschäftsführung[3]), im Falle der Ehe des Ehevertrages. Aber dieser Vertrag erzeugt die Rechtsänderung nicht als Verfügung über die einzelnen Gegenstände, sondern als personenrechtlicher Vertrag über die Art der Gesellschaft, der Ehe: die güterrechtliche Wirkung tritt rechtssatzmäßig ein (718. 1438, 2). Durch Verfügung (vermögensrechtliches Rechtsgeschäft über den einzelnen Gegenstand), etwa durch Auflassung, Übereignung kann Ge-

[2]) Alle diese Fälle bedeuten bekanntlich geschichtliche Nachwirkungen der Hausgemeinschaft, der Gesamtberechtigung der Hausgenossen (Ganerben) am Hausvermögen. In der Urzeit war die Gesamtberechtigung (der Volksgenossen, der Sippegenossen, der Gemeindegenossen, der Hausgenossen) die einzige, jedenfalls die regelmäßige Form der Rechtszuständigkeit. Die Form der Sonderberechtigung (des Sondereigentums) des einzelnen ist verhältnismäßig jung. Sie entsteht mit der Entwicklung des Individuums, und in unserem individualistischen Zeitalter ist umgekehrt die Sonderberechtigung das regelmäßige und auch die Gemeinschaft für die Regel (als Bruchteilsgemeinschaft) im Stil der Sonderberechtigung gestaltet. Die Gesamtberechtigung nimmt dem Individuum die vermögensrechtliche Gewalt über den gemeinsamen Gegenstand, aber um sie ihm in der Form von personenrechtlichen Befugnissen zurückzugeben, und diese personenrechtlichen „Anteile" der einzelnen Gesamtberechtigten bedeuten, daß auch die gesamte Hand des heutigen Rechts unter dem Einfluß der individualistischen Grundgedanken unserer Privatrechtsordnung sich befindet (vgl. Binder Bd. 3 S. 17).

[3]) Dieser Fall, daß gemeinschaftliche Geschäftsführung, d. h. Geschäftsführung im Namen aller Gesellschafter gewollt ist, wird im BGB. als Regelfall vorausgesetzt (709). Die Gesellschaft des BGB. ist im Zweifel eine offene (nach außen als solche auftretende) Gesellschaft. Es kann aber ebensowohl die Gesellschaft auch als stille Gesellschaft (von Dernburg, Bürg. Recht Bd. 2 Abt. 2 § 356 Ziff. 3, Innengesellschaft genannt) gewollt sein: einer allein führt nach außen die Geschäfte im eignen Namen, so daß die Gesellschaft nur (wie die römische societas) für das Innenverhältnis, d. h. obligatorisch, wirkt. Dann ist selbstverständlich von Gesellschaftsvermögen (Gesamtberechtigung) und ebenso von Gesellschaftsschulden keine Rede. Ganz unklar und irrig Knoke, Das Recht der Gesellsch. (1901) S. 22: die Gesellschafter können „die gesamte Hand ausschließen", aber „die Vorschriften über Geschäftsführung und Vertretung finden auf alle Gesellschaften Anwendung" (!).

Digitized by Google

samtberechtigung nicht begründet werden. Ebensowenig kann sie durch ursprünglichen Erwerbsgrund entstehen. Die Kategorien des Sonderrechtserwerbes finden auf den Erwerb der Gesamtberechtigung keine Anwendung.

Gesamtberechtigung besteht, ebenso wie die Bruchteilsgemeinschaft, nur in bezug auf Gegenstände (718. 1438, 2. 2033). Während aber die Gemeinschaft nach Bruchteilen begrifflich die Gemeinschaft eines einzelnen Gegenstandes ist, bedeutet umgekehrt die Gesamtberechtigung begrifflich die Gemeinschaft eines Inbegriffs von Gegenständen: eines Vermögens im Sinne einer Gesamtheit von aktiven Vermögensbestandteilen; Schulden gehören zum Gesamtgut nicht (oben S. 23)[4]). Es sind die einzelnen Gegenstände gemeinsam. Aber nicht als solche, sondern nur als (gegenwärtige, unter Umständen auch als gewesene) Bestandteile des Inbegriffs[5]). Ausscheiden aus dem Inbegriff bedeutet für die Regel Ausscheiden aus der Gesamtberechtigung. Darum spricht das BGB. in den Fällen der Gesamtberechtigung nicht bloß von dem Anteil „an den

[4]) Ebensowenig der Besitz. Der Besitz wird nicht durch eheliche Gütergemeinschaft gemeinsam (vgl. 1438, 2); es kommt lediglich auf das tatsächliche Gewaltverhältnis an. Der Besitz des Erblassers wird nach 857 den sämtlichen Miterben angerechnet (vgl. oben S. 42). Insofern haben sie „Mitbesitz". Aber der Besitz ist dennoch kein Nachlaßgegenstand und fällt daher (gleich den Schulden) nicht in das Gesamtgut der Erbengemeinschaft. Hat ein Miterbe „tatsächlich" den Besitz einer Nachlaßsache ergriffen (darin liegt keine verbotene Eigenmacht), so ist er Alleinbesitzer, jedenfalls was den unmittelbaren Besitz angeht, und kann er einen andern zum Alleinbesitzer oder Mitbesitzer machen. Das bedeutet aber, daß die Rechtssätze von dem Gesamtgut der Erbengemeinschaft auf den Besitz keine Anwendung finden: der Besitz gehört nicht zu den kraft Rechtssatzes gemeinsamen Nachlaßgegenständen. Es folgt daraus, daß ein Miterbe auch den ihm lediglich nach 857 angefallenen Mitbesitz durch Einigung auf einen anderen übertragen kann, falls dieser andere damit in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben (854, 2). Solche Einigung ist keine Verfügung über einen Anteil an einem Nachlaßgegenstande (oben S. 27). Besitzanteile gibt es nicht. All dies gegen Strohal, Erbrecht Bd. 2 S. 85 Anm. 6a, wo auch die sonstige Literatur angegeben ist.

[5]) Nach Auflösung der Gemeinschaft hinsichtlich des Inbegriffs kann die Gemeinschaft einzelner Gegenstände übrig bleiben (vgl. 2047, 2), die dann aber nach wie vor als Wirkung der Zugehörigkeit zum Inbegriff, d. h. als Gesamtberechtigung, nicht als Gemeinschaft nach Bruchteilen zu beurteilen ist.

Digitized by Google

einzelnen Gegenständen", sondern auch, und zwar an erster Stelle, von dem Anteil „am Vermögen" (am Inbegriff)[6]).

Nun ist ohne weiteres klar, daß der Anteil am „Vermögen" (am Gesamtgut) keine Bruchteilsberechtigung in dem oben dargelegten Sinne, d. h. keine vermögensrechtliche Anteilsberechtigung bedeutet. Es kann überhaupt in Wahrheit keinen Anteil „am Vermögen", sondern nur an den jeweils zum Vermögen gehörenden Gegenständen geben, denn das Vermögen als solches ist kein Gegenstand (oben S. 24). Der Anteil „am Vermögen" bedeutet lediglich ein personenrechtliches Verhältnis: die Mitgliedschaft in der mit Gütergemeinschaft ausgestatteten Personengemeinschaft (der Gesellschaft, der Ehe, der Erbengemeinschaft). Der Anteil am Gesamtgut besteht nicht neben oder außer der Mitgliedschaft. Der Ausdruck: Anteil am „Vermögen" ist lediglich eine ungenaue Bezeichnung für die Mitgliedschaft. Was rechtliches Dasein hat, ist nur die Mitgliedschaft, und nur sie kann als Gegenstand einer Verfügung in Frage kommen. Mitgliedschaft aber ist als personenrechtliches Recht grundsätzlich nicht verfügbar (S. 22). Auch die Mitgliedschaft des Gesamtberechtigten (der Anteil am „Vermögen") ist grundsätzlich kein Gegenstand. Aber es gibt Ausnahmen. Über die Mitgliedschaft in der Erbengemeinschaft[7]) und damit über seinen Anteil am Nachlasse (am Gesamtgut) kann der Miterbe verfügen (2033, 1), und die Mitgliedschaft in der Gesellschaft kann kraft Gesellschaftsvertrags übertragbar (Verfügungsgegenstand) sein[8]). In diesen Fällen ist die Mitgliedschaft des Gesamtberechtigten (der „Anteil" am „Vermögen") ausnahmsweise Gegenstand nach Art der Vermögensrechte.

Kraft seiner Mitgliedschaft (seines „Anteils" am „Vermögen")

---

[6]) Vgl. 719, 1. 1438, 1. 2. 2033.

[7]) Nicht über sein Miterbrecht, oben S. 40 Anm. 6.

[8]) Die Unübertragbarkeit der Mitgliedschaft in der Gesellschaft (717) ist nicht zwingenden Rechts. Was von der Mitgliedschaft im rechtsfähigen Verein gilt (38 mit 40), ist auf den nicht rechtsfähigen Verein und demgemäß auf die Gesellschaft entsprechend anzuwenden. Vgl. Jörges a. a. O. Bd. 51 S. 74. 75.

Digitized by Google

hat jeder Gesamtberechtigte einen Anteil an den „einzelnen Gegenständen". Hier bestehen wirklich Anteile. Jeder einzelne Gegenstand ist dem einzelnen Gesamtberechtigten zu einem Anteile zuständig.

Die durch Gierke begründete, jetzt so gut wie allgemein herrschende Lehre ist eine andere. Sie geht davon aus, daß dem Gesamtberechtigten in Wahrheit ein Anteil am „Vermögen", und nur am Vermögen, nicht aber an den einzelnen Gegenständen zukomme; der einzelne Gegenstand sei vielmehr den mehreren Gesamthändern ungeteilt zuständig[9]). Das bedarf der Berichtigung. Ein Anteil am „Vermögen" (als solchem) ist vielmehr, wie schon bemerkt wurde, überhaupt nicht vorstellbar. „Anteil", auch der Anteil des Gesamthänders, bedeutet soviel wie anteilsweise Berechtigung (Teilzuständigkeit eines Vermögensrechts, eines Gegenstandes, 741 ff.). Das Vermögen ist aber kein Vermögensrecht. Es erscheint darum denn auch im BGB. weder als Verfügungsgegenstand noch als Rechtsgegenstand[10]). Vorstellbar ist nur der Anteil an den einzelnen Gegenständen, und dieser Anteil ist durch die Mehrheit der Berechtigten gefordert. Die ungeteilte Zuständigkeit der einzelnen Gegenstände an die mehreren Gesamtberechtigten ist wiederum unvorstellbar. Die „verbundenen" mehreren Personen (Rechtssubjekte) sind nicht dennoch zugleich eine Person (ein Rechts-

---

[9]) Vgl. Gierke, Genossenschaftstheorie S. 364 Anm. 3 (Erbengemeinschaft), S. 379. 380 (eheliche Gütergemeinschaft), S. 364 Anm. 2, S. 543 (Gesellschaft), Deutsch. Privatr. Bd. 1 S. 678. Ihm folgen z. B. Planck Bd. 2 S. 452. 468 (zu § 719), Bd. 5 S. 177 (vor § 2032); Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse S. 441. 442 (vor § 705); Frommhold, Erbrecht des BGB. (1900) S. 86; Endemann, Bürg. R. Bd. 1 (8. Aufl.) § 180 S. 1130; Crome, System Bd. 1 § 29 S. 165, Bd. 2 § 280 S. 765; Knoke, Das Recht der Gesellschaft (1901) S. 9. 10 und noch viele andere, vgl. die Zitate bei Jörges in Bd. 51 S. 53 Anm. 19. — Gegen die Gierkesche Auffassung sind bereits mit zutreffenden Gründen aufgetreten Jörges in der Zeitschr. f. Handelsr. Bd. 49 S. 174 ff., Bd. 51 S. 53 ff.; Binder Bd. 3 S. 9 ff. Keinenfalls aber darf man mit diesen Schriftstellern andererseits die Gesamtberechtigung als nach dem BGB. im Wesen mit der Mitberechtigung nach Bruchteilen gleichartig auffassen.

[10]) Vgl. Binder Bd. 3 S. 19 ff.; oben S. 8. 24.

Digitized by Google

subjekt). Die Mehrheit der Berechtigten schließt auch in den Fällen der Gesamtberechtigung die Teilung der Rechtszuständigkeit notwendig in sich.

Die Gesamtberechtigung ist eine Teilberechtigung hinsichtlich der einzelnen Gegenstände, eine gemeinsame Berechtigung nach ideellen Teilen. Aber die ideellen Teile sind keine Bruchteile im Sinne des BGB., d. h. der Anteil des Gesamthänders hat nicht die Natur eines Vermögensrechts (Gegenstandes)[11]). Auch der Anteil des Gesamthänders an den einzelnen Gegenständen ist personenrechtlicher Natur. Er ist Ausfluß, Begleiterscheinung des personenrechtlichen Verhältnisses der Mitgliedschaft. Dieser Anteil ist ein aus der Mitgliedschaft erwachsendes einzelnes Mitgliedsrecht. Die Mitgliedsrechte des Mitgliedes in der Gemeinderschaft bestehen an erster Stelle darin, daß ihm an allen gemeinsamen Gegenständen ein Anteil zuständig ist[12]). Über einzelne Mitgliedsrechte aber kann (ohne Verfügung über die Mitgliedschaft) niemals verfügt werden (38 Satz 2, oben S. 22). Sie sind untrennbar von der Mitgliedschaft. Das gilt auch hier. Über seinen Anteil an den einzelnen Gegenständen kann der Gesamtberechtigte niemals verfügen. Dieser Rechtssatz

---

[11]) Wenn, gegen Jörges und Binder (oben Anm. 9 a. E.), in Einklang mit dem Wortlaut des BGB. (in 741. 1008), der ideelle Anteil des Gesamthänders (der natürlich auch in einem Bruchteil ausdrückbar ist) zu dem Bruchteil im Sinne des Gesetzes in Gegensatz gestellt wird, so handelt es sich dabei natürlich nicht bloß um Worte, sondern darum, das verschiedene Wesen des Anteils hier und des Bruchteils dort zum Ausdruck zu bringen. Die Auskunft, welche jene Schriftsteller geben, der Anteil des Gesamthänders sei eine Bruchteilsberechtigung der gleichen Art wie in der Gemeinschaft „nach Bruchteilen", nur daß der Bruchteil des Gesamthänders nicht verfügbar ist — bedeutet einen Widerspruch in sich selbst (ebenso wie die Gierkesche Theorie), weil das Wesen der Bruchteilsberechtigung nach dem Gesetz in der Verfügbarkeit beruht. Auch hier wird eine bloße Beschreibung, keine Aufklärung gegeben. Die Aufklärung kann nur in dem verschiedenen Wesen der Anteilsberechtigung gefunden werden.

[12]) Die Mitgliedsrechte der einzelnen dürfen nicht bloß, wie bei Endemann Bd. 1 § 180 S. 1130 Anm. 12, als „Recht auf Teilnahme an der Gemeinnutzung" und „Anwartschaft auf Anteil" bei der Auflösung gefaßt werden; der gegenwärtige Anteil an den einzelnen Gegenständen ist Mitgliedsrecht.

Digitized by Google

ist zwingend. Davon gibt es keine Ausnahme (vgl. 719. 1442. 2033, 2)[13]). Der Anteil des Gesamtberechtigten an den einzelnen Gegenständen ist ausnahmslos *kein* Gegenstand, d. h. keine vermögensrechtliche Teilberechtigung, keine Bruchteilsberechtigung. Die Gesamtberechtigung ist eine Gemeinschaft *ohne Bruchteile*[14]).

Und dennoch sind ideelle Teile an den einzelnen Gegenständen da, und zwar Teile, die in Bruchteilen rechnerisch *bestimmbar* sind[15])! Unbestimmte Anteile können überhaupt nicht gedacht werden. Was heißt das nun, daß diese Anteile nicht vermögensrechtlicher, sondern personenrechtlicher Natur sind? Der vermögensrechtlich geartete Anteil (der Bruchteil) ist in bezug auf sein Dasein und seine Höhe von einem verkehrsmäßigen, in der *Vergangenheit* liegenden *Erwerbsgrund* abhängig. Über Dasein und Höhe des personenrechtlich gearteten Anteils aber entscheidet nicht ein vergangener Erwerbsgrund (für den einzelnen Gegenstand ist überhaupt kein besonderer Erwerbsgrund da), sondern das *gegenwärtige* personenrechtliche Verhältnis. Der Anteil an allen einzelnen Gegenständen geht durch personenrechtliche Gründe (Verlust der Mitgliedschaft) verloren[16]) und wird durch personenrechtliche Gründe (Erwerb der

[13]) Auch durch Gesellschaftsvertrag kann (gegen *Jörges* Bd. 51 S. 75. 76) Verfügungsrecht über „die Quote" hinsichtlich einzelner Gegenstände nicht begründet werden. Zwar kann der Gesellschafter zur Veräußerung *eines* Bruchteils an einem Gegenstande ermächtigt sein (er verfügt dann über den ganzen Gegenstand, oben S. 64 Anm. 3), niemals aber zur Veräußerung *seines* (ihm kraft seiner Gesamtberechtigung zukommenden) Anteils an dem Gegenstande. *Seinen* Anteil würde er an dem im Gesellschaftsvermögen verbleibenden Restbruchteil unverändert behalten. *Sein* Anteil an den einzelnen Gegenständen kann nur mit dem Anteil am Vermögen, d. h. mit der Mitgliedschaft, übertragen werden. — Mit der Verfügung über seinen Anteil ist auch der Teilungsanspruch hinsichtlich des einzelnen Gegenstandes, so lange die Gemeinschaft besteht und der Gegenstand nicht aus der Gemeinschaft ausgeschieden ist, ausgeschlossen.

[14]) D. h. ohne Bruchteile im Sinne des Gesetzes. Das steht unmittelbar im BGB., oben Anm. 11.

[15]) So bestimmen sich die Anteile der Miterben in der Erbengemeinschaft nach ihren Erbrechtsquoten. In der ehelichen Gütergemeinschaft gilt unter den Ehegatten Halbteilung. Im Gesellschaftsverhältnis sind die Anteile im Zweifel Kopfteile.

[16]) Es sei denn, daß durch das Ausscheiden des Mitgliedes die Beendigung

Digitized by Google

Mitgliedschaft) erworben. Die Rechtssätze vom Erwerb und Verlust des Vermögensrechts finden keine Anwendung. Die Höhe des Anteils ferner bestimmt sich nach der Stärke der Mitgliedschaft. Soweit Änderung in der Zahl der Mitglieder bei Fortbestand des Verhältnisses möglich ist[17]), gilt das Recht von der Abwachsung und Anwachsung: die Anteile erhöhen sich, mindern sich je nach der Zahl der Mitglieder. Die Anteile sind von dem personenrechtlichen Verhältnis abhängige *bewegliche* (verlierbare, veränderbare) Anteile. Es kommt noch eins hinzu. Die *Kraft* des Anteils, d. h. was dem einzelnen vermöge seines Anteils zukommt, bestimmt sich bei der Bruchteilsgemeinschaft nach Vermögensrecht, und zwar in *gleicher* Weise in allen Fällen (das ist der Sinn der Vorschriften in 743 ff.), bei der Gesamtberechtigung aber nach Maßgabe des personenrechtlichen Verhältnisses, und zwar in *verschiedener* Weise je nach der Art des Verhältnisses (Ehe, Gesellschaft usf.). Dasein, Höhe, Kraft des Anteils in der Gesamtberechtigung regeln sich nach Personenrecht. Das drückt der Satz aus: die Anteile sind *personenrechtlicher* Natur.

Da über den personenrechtlichen Anteil an dem einzelnen Gegenstand nicht verfügt werden kann, ist Verfügung nur über den *ganzen* Gegenstand möglich: ein anderer *Gegenstand* ist nicht da. Die Verfügung über den ganzen Gegenstand aber ist selbstverständlich dem einzelnen unmöglich, denn er hat ja nur einen Anteil. Sie muß grundsätzlich[18]) *gemeinsame* Verfügung (Gesamtverfügung) sein.

Durch die Notwendigkeit der Gesamtverfügung sondert sich das Gesamtgut rechtlich von dem freien Vermögen der Teilhaber, während die Mitberechtigung (der Bruchteil) eine Erscheinungs-

---

des ganzen Verhältnisses und damit die Auseinandersetzung herbeigeführt wird (vgl. 730. 1471).

[17]) In der Gesellschaft (738, vgl. HGB. 142), der fortgesetzten Gütergemeinschaft (1490. 1491), der Erbengemeinschaft (bei Ausschlagung eines berufenen Miterben).

[18]) Soweit nicht aus der Verfassung (z. B. der gütergemeinschaftlichen Ehe, der Handelsgesellschaft) ein anderes sich ergibt.

Digitized by Google

form des freien Vermögens darstellt. Hinsichtlich der Verfügung ist das Gesamtgut für den einzelnen, wie wenn es fremdes Vermögen wäre[19]). Aber nicht so, daß die gesamte Hand deshalb ein neues Rechtssubjekt bedeutete. Sie ist kein unklares Mittelding zwischen der juristischen Person und der Gemeinschaft. Es besteht lediglich eine Gemeinschaft (das ist der klare Inhalt von 741 ff.), aber eine Gemeinschaft, deren Anteile nach einem persönenrechtlichen Verhältnis sich bestimmen[20]).

Gemeinschaft gibt es nur in bezug auf Gegenstände. In der Bruchteilsgemeinschaft sind die Anteile wiederum Gegenstände, in der Gesamtrechtsgemeinschaft nicht. Das sind die einfachen Sätze, in denen das Recht des BGB. von der Gemeinschaft (741 ff.), auch von der Gemeinschaft zu gesamter Hand, beruht.

§ 13.

Rechte an Rechten.

Neben den Rechten an Sachen erscheinen im dritten Buch des BGB. Rechte an Rechten. An solchen Rechten, die, wie das Erbbaurecht, für die Rechtssätze von Verfügungsgeschäften Grundstücken gleich stehen (oben S. 20), können die begrenzten Rechte des Liegenschaftsrechts (mit Ausnahme der Grunddienstbarkeiten und des Erbbaurechts), an anderen Rechten die begrenzten Rechte des Fahrnisrechts (Nießbrauch und Pfandrecht) begründet werden.

Rechte an Rechten sind nach dem BGB. nur in bezug auf

---

[19]) Einbringung in die Gemeinschaft, z. B. in die Gesellschaft, erfolgt daher durch Veräußerung des ganzen Gegenstandes: der Veräußernde behält keinen vermögensrechtlich gearteten Anteil zurück. Gierke, Vereine ohne Rechtsfähigkeit S. 23 Anm. 34 a.

[20]) Das drückt die Grundbuchordnung 48 mit den Worten aus: „Soll ein Recht für mehrere gemeinschaftlich eingetragen werden, so soll die Eintragung in der Weise erfolgen, daß entweder die Anteile der Berechtigten in Bruchteilen angegeben werden, oder das für die Gemeinschaft maßgebende Rechtsverhältnis bezeichnet wird." Besser kann der innere Gegensatz zwischen Bruchteilsgemeinschaft und Gesamthand kaum ausgedrückt werden.

Digitized by Google

solche Rechte möglich, welche Gegenstände sind[1]), und die Rechte an solchen Rechten müssen ihrerseits wiederum Gegenstände sein, denn nur durch Verfügungsgeschäft können Rechte an Rechten begründet werden[2]). Der Begriff des Rechts am Recht gehört ausschließlich dem Gebiet der verfügbaren Rechte, d. h. der Vermögensrechte an.

Die Begründung eines Rechts am Recht bedeutet nach dem BGB. nicht, wie behauptet worden ist[3]), eine teilweise Übertragung des betreffenden Rechts auf ein anderes Subjekt, so daß das Recht an einem fremden Recht begrifflich von einem Recht an einer fremden Sache verschieden wäre. Es ist vielmehr gewiß, daß die liegenschaftlichen Rechte, welche am Erbbaurecht und an verwandten Rechten begründet werden können, genau der gleichen Natur sind wie die liegenschaftlichen Rechte am Grundstück. Es finden in dem einen und in dem anderen Fall völlig dieselben Rechtssätze Anwendung (1017,1). Damit ist die rechtliche Gleichsetzung der beiden Fälle ausgesprochen. Auch ist es klar, daß eine Hypothek (oder ein dingliches Vorkaufsrecht, eine Reallast) am Erbbaurecht

[1]) Das Erbbaurecht ist ein verfügbares Recht. Ebenso die anderen nach Liegenschaftsrecht zu behandelnden Rechte. Nach Fahrnisrecht können nur solche Rechte belastet werden, die übertragbar sind (1069. 1274).

[2]) Vgl. 1069. 1274. — So wenig das ehemännliche Recht der Verwaltung und Nutznießung hinsichtlich der zum eingebrachten Frauengut gehörenden Sachen ein Sachenrecht, so wenig ist es hinsichtlich der zum Eingebrachten gehörenden Rechte ein Recht am Recht (gegen Hölder, Allg. Teil S. 204).

[3]) Hölder, Allg. Teil S. 204. Ähnlich Seckel in der Berliner Festgabe für Koch (1903) S. 210 Anm. 1. In der gemeinrechtlichen Literatur überwog die Ansicht, daß Rechte an Rechten nach Art der Rechte an fremder Sache nicht möglich seien, vgl. Windscheid, Pand. 8. Aufl. Bd. 1 § 48a Anm. 1. Hölder vertritt jetzt für das BGB. den gleichen Standpunkt (anders früher für das gemeine Recht Hölder, Pand. S. 329. 330). Zitelmann, Internat. Privatr. Bd. 2 S. 49. Allg. Teil S. 23 bringt die Rechte an Rechten unter den Gesichtspunkt seiner „Rechte des rechtlichen Könnens“ (vgl. unten § 15 Anm. 1): die „rechtliche Verfügung über das unterliegende Recht“ sei der wesentliche Inhalt des Rechts am Recht. Es ist aber zweifellos, daß z. B. der Nießbrauch an einem Erbbaurecht auf Einwirkung nicht auf das Recht als solches, sondern auf die Sache geht (vgl. unten im Text), so daß vielmehr nach Zitelmanns Terminologie ein Recht des „Dürfens“ vorliegen würde. Aber die Zitelmannsche Einteilung vermag überhaupt keinen Aufschluß über die rechtliche Art der Rechte zu geben, unten § 15 Anm. 1.

Digitized by Google

nicht das geringste von Übertragungswirkung in sich schließt. Der Erbbauberechtigte bleibt jedem Dritten gegenüber zur vollen Geltendmachung seines Erbbaurechts berechtigt. Er hat nichts übertragen. Das Recht am Recht bedeutet begrifflich nach dem BGB. eine *Belastung* des betreffenden Rechts, nicht eine teilweise Übertragung. Das gilt auch für die nach Fahrnisrecht belastbaren Rechte, zumal die Belastung mit einem Nießbrauche in gleicher Weise sowohl für die nach Liegenschaftsrecht wie für die nach Fahrnisrecht zu beurteilenden Rechte möglich ist. So gewiß der Nießbrauch am Erbbaurecht als Nießbrauch an einem *Rechte*[4]) zu beurteilen ist und doch lediglich die Wirkungen eines Nießbrauchs (nach Maßgabe der Rechtssätze vom Nießbrauch an einem Grundstück), nicht Übertragungswirkung äußert[5]), so gewiß ist auch der Nießbrauch an einem Forderungsrecht nach dem BGB. als *Belastung* des Forderungsrechts mit einem Nießbrauchsrecht und nicht als teilweise Übertragung des Forderungsrechts zu beurteilen: die Tatsache, daß der Gläubiger während Bestehens des Nießbrauchs[6]) von der Geltendmachung des Forderungsrechts (ohne Mitwirkung des Nießbrauchers) ausgeschlossen ist, bedeutet eine in diesem Sonderfall eintretende Folge der *Belastung*, die keineswegs begrifflich für alle Fälle des Rechts am Recht gegeben ist.

Als Belastungen sind die Rechte an Rechten den Rechten an Sachen *gleichartig*. Das dritte Buch des BGB. handelt dementsprechend, obgleich es die Überschrift „Sachenrecht" trägt, nicht bloß von Rechten an Sachen, sondern von Rechten an *Gegenständen*: an körperlichen Gegenständen (Sachen) und an unkörperlichen. Der Begriff des *dinglichen* Rechts kann nach dem BGB. nicht mehr mit dem Begriff des Sachenrechts gleichgesetzt

[4]) Es findet zweifellos 1071 Anwendung; das mit Nießbrauch belastete Erbbaurecht kann durch Rechtsgeschäft nur mit Zustimmung des Nießbrauchers aufgehoben werden. Vgl. die Verweisung auf 876 Satz 3 in 1071, 1 Satz 3.

[5]) Durch Belastung des Erbbaurechts mit einem Nießbrauch wird der Erbbauberechtigte nicht verhindert, sein Erbbaurecht dritten gegenüber in vollem Maße geltend zu machen (1017, 1).

[6]) Das gleiche gilt im Falle der Verpfändung des Forderungsrechts (1281).

Digitized by Google

werden. Die dinglichen Rechte des BGB. (des dritten Buchs) sind als gegenständliche Rechte zu denken.

Damit ist zugleich ein Anhaltspunkt für die Begriffsbestimmung des dinglichen (gegenständlichen) Rechts im Sinne des BGB. gegeben. Schon für die Sachenrechte des BGB. würde es nicht zutreffen, das Wesen des dinglichen Rechts in die Befugnis zur Einwirkung auf seinen Gegenstand zu setzen. Es gibt Sachenrechte (Hypothek, Grundschuld, Reallast, dingliches Vorkaufsrecht), die zu keinerlei Einwirkung auf den Sachkörper berechtigen. Noch weniger kann der Inhalt eines Rechts am Recht in der Befugnis zur Einwirkung auf das belastete Recht gefunden werden. Der Einwirkungs-Gegenstand des belasteten Rechts ist vielmehr, soweit überhaupt Einwirkung in Frage kommt, zugleich Einwirkungs-Gegenstand für den Inhaber des herrschenden Rechts. Wer einen Nießbrauch an einem Erbbaurechte hat, ist nicht zur Einwirkung auf das Erbbaurecht, sondern zur Einwirkung auf das Bauwerk berechtigt. Der Einwirkungs-Gegenstand ist als solcher nicht der Rechtsgegenstand der Sachenrechte. Rechtsgegenstand der dinglichen Rechte ist vielmehr derjenige Gegenstand, dessen Rechtslage durch das dingliche Recht beherrscht wird: dingliche (gegenständliche) Rechte im Sinne des BGB. sind diejenigen Rechte[7]), welche die Rechtslage eines durch den Inhalt des Rechts bezeichneten Gegenstandes[8]) zugunsten des Berechtigten unmittelbar[9]) bestimmen. Sie geben damit unmittelbare Macht über einen Gegenstand (eine Sache, ein fremdes Recht), deren Art verschieden ist je nach dem Inhalt des Rechts

[7]) Bloße Verfügungsbeschränkungen bedeuten trotz dinglicher Wirkung keine dinglichen Rechte. „Rechte" an Gegenständen (Sachen, Rechten) sind nur gegenständlich geartete (dem verfügungsgeschäftlichen Verkehr angehörende, insbesondere durch Verfügungsgeschäft begründbare) Rechte. Verfügungsbeschränkungen können nicht durch Verfügungsgeschäft begründet werden (137): sie bedeuten niemals Gegenstände und darum niemals dingliche Rechte (Vermögensrechte) im Sinne des Gesetzes.

[8]) Dem Forderungsrecht ist es wesentlich, daß sein Inhalt die verpflichtete Person, dem dinglichen Recht, daß sein Inhalt den unterworfenen Gegenstand individuell benennt.

[9]) Nicht erst, wie bei Forderungsrechten, durch das Mittel der Handlung eines anderen.

Digitized by Google

und der Beschaffenheit seines Gegenstandes. Die Rechte an Rechten bestimmen unmittelbar die Rechtslage des belasteten Rechts genau ebenso wie die Sachenrechte die Rechtslage der Sache. Welche Befugnisse daraus für den Berechtigten hervorgehen, ist je nach den Fällen verschieden. Das Wesen des dinglichen Rechts aber beruht nur in der unmittelbaren Wirkung auf das rechtliche Bestimmtsein eines Gegenstandes, nicht in der Macht über irgend etwas Körperliches. Das ist es, was durch die Möglichkeit von Rechten an Rechten bestätigt wird.

§ 14.

Fruchtbegriff.

Der Fruchtbegriff des BGB. ist viel und scharf getadelt worden. v. Petrażycki erklärt ihn für „ein logisches und praktisches Mißgebilde". Reichel spricht von „eklektischer Verschmelzung verschiedener Theorien" und von „Prinzipmischerei"[1]). In Wahrheit hat das BGB. einen ganz einfachen, in sich klaren und einheitlichen Fruchtbegriff, und zwar in derjenigen Gestalt, die durch den inneren Zusammenhang des Gesetzes gefordert war.

Die Rechtssätze des BGB. über Früchte und Nutzungen (99. 100) gelten für Sachen und Rechte, aber nur für solche Rechte, welche Gegenstände (Vermögensrechte) sind. Das drückt das BGB. dadurch aus, daß es nur solchen Rechten Früchte zuschreibt, die ihrer „Bestimmung gemäß" Erträge hervorbringen (99, 2). Die Beschränkung des Begriffs der Rechtsfrüchte auf bestimmungsgemäße Erträge ist[2]) keineswegs bedeutungslos. Die elterliche Gewalt trägt trotz der elterlichen Nutznießung keine Früchte, weil die Bestimmung der elterlichen Gewalt sich nicht in den Nutznießungserträgen ausdrückt. Nur Vermögensrechte und vermögens-

[1]) Vgl. v. Petrażycki, Die Lehre vom Einkommen, Bd. 1 (1893) S. 282; Reichel, Der Begriff der Frucht im BGB., in Iherings Jahrbüchern Bd. 42 S. 305 ff. sowie die dort angeführten Äußerungen anderer Schriftsteller.

[2]) Gegen Hölder, Allg. Teil S. 226. 227; Reichel a. a. O. S. 293.

Digitized by Google

rechtlich zu behandelnde Mitgliedschaftsrechte (z. B. des Aktionärs) sind um ihrer Erträge willen da.

Nur Gegenstände (körperliche und unkörperliche) können Früchte haben, und wiederum: nur Gegenstände (Sachen und Vermögensrechte) können Früchte sein.

Der Begriff der Frucht hat eine zweifache praktische Bedeutung: eine für das Sachenrecht, eine andere für das Schuldrecht. Das Sachenrecht regelt den Fruchterwerb. Für diese Rechtssätze ist der Begriff der natürlichen Früchte maßgebend. Das Schuldrecht regelt den Fruchtersatz (der eine hat dem anderen gezogene bezw. versäumte Früchte zu erstatten). Für das Schuldrecht treten den natürlichen die sogenannten bürgerlichen Früchte hinzu.

Sowohl für den sachenrechtlichen wie für den schuldrechtlichen Fruchtbegriff des BGB. ist der Begriff des Erträgnisses grundlegend[3]). Erträgnis ist ein konkreter Gegenstand (Sache oder Recht), der kraft eines anderen Gegenstandes ohne Substanzminderung dieses Gegenstandes gewonnen wird. Niemals also sind die Früchte im Sinne des BGB. bloße Werte, d. h. bloße rechnungsmäßige Größen[4]), wenngleich natürlich auf dem Gebiete des Schuldrechts die Erstattung natürlicher oder bürgerlicher Früchte, insbesondere wenn es sich um versäumte Früchte handelt, in der Form der Erstattung von Werten vor sich geht.

---

[3]) Das BGB. sagt „Ausbeute" (99, 1) und „Erträge" (99, 2. 3). Gemeint ist mit beiden Worten das, was im Text Erträgnisse genannt ist. Ertrag (im Singular) bedeutet einen in Geld ausdrückbaren Wert, der Plural „Erträge" aber konkrete Gegenstände, d. h. Erträgnisse. Vgl. Reichel a. a. O. S. 208 ff., der eine treffende Ausführung über den Sprachgebrauch gibt. Seinem Sprachgebrauche schließe ich mich an. Nur darf auf dem Boden des BGB. Erträgnis nicht mit Sache gleichgesetzt werden (gegen Reichel S. 209); die Erträgnisse des BGB. sind Gegenstände.

[4]) Mit Unrecht setzt Reichel S. 291 die unkörperlichen Gegenstände, welche Früchte eines Rechts sein können, mit „unkörperlichen Werten" gleich, um dann S. 292 nicht, wie im Gesetz steht, die Erträge (d. h. Erträgnisse), sondern den „Wert der Erträge" als die Frucht des Rechts im Sinne des BGB. zu bezeichnen. Rechte (z. B. die fällige Dividendenforderung des Aktionärs) sind nach dem BGB. Früchte eines Mutterrechts nicht als „Werte", sondern als Gegenstände.

Digitized by Google

Aber was dem Werte nach erstattet, ersetzt wird, das sind Gegenstände (Früchte), die entweder vorhanden waren oder als solche gedacht werden, die hätten vorhanden sein müssen. Niemals ist der Wert selbst Frucht; er ist ein Ersatz der Frucht.

Der Begriff der bürgerlichen Früchte sagt: zu erstatten sind schuldrechtlich auch solche Erträgnisse, die nur mittelbar, nämlich durch das Mittel eines hinzutretenden Rechtsverhältnisses, aus dem fruchttragenden Gegenstande gewonnen worden sind bezw. gewonnen werden konnten. Sowohl von Sachen wie von Rechten (Gegenständen) sind bürgerliche Früchte möglich (99, 3). Die bürgerliche Frucht selber aber ist, weil kraft eines weiteren Rechtsverhältnisses gewonnen, immer ein Recht, und zwar durchweg ein Forderungsrecht[5]).

Für das Sachenrecht ist nur der Begriff der natürlichen Frucht von Bedeutung. Natürliche Früchte (99, 1. 2) sind diejenigen Erträgnisse, welche ein Gegenstand unmittelbar, d. h. kraft seiner Natur (ohne Vermittelung eines hinzutretenden Rechtsverhältnisses) hervorbringt. Es gibt natürliche Früchte nicht bloß von Sachen, sondern auch von Rechten.

Natürliche Früchte einer Sache sind alle ihre Erzeugnisse und die sonstige aus der Sache bestimmungsgemäß gewonnene Ausbeute (99, 1). Erzeugnisse sind zur Ablösung bestimmte Sachteile[6]), deren Ablösung keine Minderung der durchhaltenden Sachsubstanz bedeutet. Alle Erzeugnisse werden vom BGB. als Erträgnisse („Ausbeute") und damit als Früchte beurteilt, mag ihre Gewinnung im Einzelfall den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entsprechen oder nicht. Sonstige Ausbeute mindert die durchhaltende Sachsubstanz für die natürliche Anschauung, ist aber doch Erträgnis und folgeweise Frucht, wenn sie der wirtschaftlichen Sachbestimmung gemäß gewonnen wird, d. h. wenn ihre Ge-

[5]) Vgl. Reichel S. 295 ff. Die überfallenden Früchte (911) sind aber als natürliche, nicht als bürgerliche Früchte des Überfallsgrundstücks zu beurteilen (anders Reichel S. 300).

[6]) Vgl. Hölder, Allg. Teil S. 224.

Digitized by Google

winnung nach der Anschauung des Verkehrs nicht als Substanzvernichtung, sondern als Substanznutzung erscheint[7]). Hier ist keineswegs die Erzeugnistheorie mit der Bestimmungstheorie „eklektisch" verschmolzen[8]). Es ist vielmehr der Begriff der Ausbeute (d. h. der Erträgnisse) dahin bestimmt, daß er alle ohne Substanzminderung abtrennbaren Sachteile umfaßt, mit dem Beifügen: es genügt, daß nach der Anschauung des Verkehrs Substanzminderung nicht vorliegt.

Das wesentlich Neue ist, daß es nach dem BGB. auch natürliche Früchte von Rechten gibt (99, 2). Natürliche Früchte eines Rechts sind die Erträgnisse, die unmittelbar kraft der Natur, d. h. kraft des Inhalts des Rechts gewonnen werden. Auch die Rechtsfrüchte sind niemals Werte, sie sind immer konkrete Erträgnisse, nämlich Gegenstände[9]). Während aber natürliche Früchte einer Sache nur Sachen sind, können als natürliche Früchte eines Rechts sowohl Sachen wie Rechte, sowohl körperliche wie unkörperliche Gegenstände auftreten. Sachen sind natürliche Früchte des Rechts, wenn sie ohne Substanzminderung des Rechts kraft des Inhalts des Rechts als Erträgnisse gewonnen werden. Der gewonnene Bernstein ist natürliche Frucht der Bernsteingerechtigkeit[10]). Sachfrüchte sind, falls an der Sache ein Fruchtrecht (z. B. Nießbrauch, Berggerechtigkeit) besteht, zugleich natürliche Früchte der Sache und natürliche Früchte des Fruchtrechts, d. h. es finden sowohl die Rechtssätze von Sachfrüchten wie die von Rechtsfrüchten Anwendung. Rechte sind natürliche Früchte eines Rechts, sobald sie aus dem Inhalt des Hauptrechts entspringende, aber nicht dessen Substanz, sondern nur dessen Erträgnis verwirklichende Rechte darstellen: die fällige Zinsforderung ist natürliche Frucht der Hauptforderung[11]), die Dividendenforderung natürliche Frucht des Aktien-

[7]) Vgl. Reichel a. a. O. S. 281.

[8]) Das ist die Ansicht von Reichel S. 305.

[9]) Vgl. oben Anm. 4.

[10]) Ebenso ist die rechtmäßige Jagdbeute natürliche Frucht des Jagdrechts, Reichel S. 301.

[11]) Bestandteil der zinsbaren Darlehnsforderung ist das Forderungsrecht

Digitized by Google

rechts. Auch auf den Erwerb dieser Rechte finden die Rechtssätze des Sachenrechts vom Fruchterwerb Anwendung (vgl. oben S. 78 und Anm. 11).

Immer ist für den Begriff der natürlichen (nach Sachenrecht zu beurteilenden) Frucht das Ursprungsverhältnis maßgebend. Natürliche Frucht einer Sache sind die Sachen, natürliche Früchte eines Rechts die Gegenstände, welche aus der Sache, dem Recht als Ausbeute (nicht substanzminderndes Erträgnis) hervorgehen.

Das Sachenrecht des BGB. (das dritte Buch) wird an letzter Stelle nicht durch den Begriff der Sache, sondern durch den Begriff des Gegenstandes beherrscht (oben § 13). Das ist es, was sich hier bestätigt. Es gibt dingliche Rechte nicht bloß an Sachen, sondern ebenso an Rechten. Auch dingliche Fruchtrechte (Nießbrauch) können an einem Recht begründet sein. Folglich muß es wie natürliche Sachfrüchte so auch natürliche (nach Sachenrecht zu erwerbende) Rechtsfrüchte geben. Ist das dingliche Recht, auch das dingliche Fruchtrecht, vom BGB. aus einem Sachenrecht in ein gegenständliches Recht verwandelt worden, so muß auch der Fruchtbegriff über den Begriff der Sachfrucht hinaus zu dem Begriff der Frucht

---

auf Zins überhaupt, aus welchem als seine natürliche Frucht das Recht auf den fälligen Zins hervorgeht. In gleicher Weise ist das Recht auf die fällige Rente natürliche Frucht des Rechts auf Rente überhaupt (der Rentenschuld bezw. der Reallast). Es steht, gegen Reichel S. 299. 300, außer Zweifel, daß die fällige Zinsforderung für das Recht des BGB. als natürliche Frucht des Hauptrechts (nach 99, 2) und nicht etwa als bürgerliche Frucht (nach 99, 3) zu beurteilen ist. Abzulehnen ist die Meinung Reichels S. 300, es sei gleichgültig, welcher Ansicht man sich anschließe; „praktisch" sei die Unterscheidung nicht. Vielmehr sind die bürgerlichen Früchte (nach 99, 3) vom Fruchterwerb nach Sachenrecht (z. B. kraft Nießbrauchsrechts) ausgeschlossen, während die natürlichen Früchte (nicht bloß die nach 99, 1, sondern ebenso die nach 99, 2) dem Fruchterwerb nach Sachenrecht unterstehen. Weil das Recht auf den fälligen Zins (die fällige Rente) eine natürliche Frucht des Hauptrechts darstellt, fällt sie kraft Sachenrechts dem an dem Hauptrecht Nießbrauchsberechtigten ipso jure zu (daß dies die Meinung der Vorschriften in 1076 bis 1080 ist, leidet nicht den geringsten Zweifel), — was nicht der Fall sein könnte, wenn die Zinsforderung als bürgerliche Frucht zu beurteilen wäre. Über den Erwerb der bürgerlichen Früchte (nach 99, 3) entscheidet nicht das sachenrechtliche Fruchtrecht, sondern das Recht des die bürgerliche Frucht vermittelnden Rechtsverhältnisses, z. B. das Mietrecht.

Digitized by Google

eines Gegenstandes sich erweitern. Es muß natürliche Früchte nicht bloß, wie nach römischem Recht, von Sachen[12]), sondern ebenso von Rechten geben, d. h. es muß auch in bezug auf die durch ein Recht gewährten Erträgnisse die Anwendung des sachenrechtlichen Fruchtrechts möglich sein. Der Fruchtbegriff des BGB. ist die logisch notwendige Folgerung der Grundgedanken seines Sachenrechts.

§ 15.

System der Rechte nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche.

Man kann die Rechte mannigfach einteilen. Das System der Rechte des BGB. muß derart sein, daß es den Inhalt des BGB. wiederspiegelt[1]).

Das BGB. gebraucht den Ausdruck „Recht" bald im weiteren, bald im engeren Sinne. In der Regel spricht es von Rechten im weitesten Sinne des Wortes. Wie der Sprachgebrauch des täglichen Lebens jede rechtlich begründete Befugnis (Berechtigung) ein Recht nennt, so auch das BGB.: unter Recht ist im Zweifel jede

[12]) Nach römischem Recht ist zweifellos die Zinsforderung als civile Frucht zu beurteilen: es gab keine natürlichen Früchte eines Rechts. An diesem Punkt tritt die Fortentwicklung nicht bloß des Fruchtrechts, sondern des gesamten im BGB. enthaltenen Sachenrechts gegenüber dem römischen Recht sichtbar hervor.

[1]) Gegen Zitelmanns Einteilung der Rechte in Rechte des Könnens, Dürfens und Sollens (vgl. Zitelmann, Internationales Privatrecht Bd. 1 (1897) S. 48 ff. Bd. 2 S. 32 ff. Allg. Teil S. 22. 23), die mannigfachen Anklang gefunden hat (z. B. bei Hellwig, Anspruch S. 2 ff.), ist bereits mit Recht eingewandt worden, daß das rechtliche Können in jedem Recht enthalten ist, daß überhaupt ein einheitliches Einteilungsprinzip fehlt, da Können und Dürfen auf den Berechtigten, das Sollen aber auf den Gegner bezogen ist, vgl. Seckel, Gestaltungsrechte, Berliner Festgabe für Koch S. 209. 210, auch Endemann Bd. 1 (8. Aufl.) § 14 Anm. 10, Affolter, Das intertemporale Recht Bd. 1 Teil 2 (1903) S. 152. Die Hauptsache ist, daß diese Einteilung, die Zitelmann auch in seinem „Allg. Teil" als für das BGB. grundlegend vorträgt, über irgendwelche Rechtssätze, insbesondere über den Inhalt des BGB. keinerlei Aufschluß gibt. Die verschiedenen, von ihm aufgestellten Gruppen sind nicht durch bestimmte auf sie bezügliche Rechtssätze zusammengehalten. Die Zitelmannsche Einteilung ist daher, so geistreich sie sich anhört, doch ohne Bedeutung für unsere Rechtserkenntnis.

Digitized by Google

konkret gewordene Berechtigung zu verstehen[2]). In diesem Sinne gibt es nach dem BGB. „Rechte" des Besitzers als solchen (859, 4. 860), „Rechte" (nicht bloß ein Forderungsrecht) des Käufers (440, 1), „Rechte" des Eigentümers (1051. 1054), ein „Recht" des Rücktritts (355), ein „Recht" des Widerrufs (530, 2), ein „Recht" zu verlangen (194, 1), ein „Recht" Einwendungen geltend zu machen (1148 Satz 2) usf. Ebenso zweifellos aber wird an anderen Stellen das Wort „Recht" in einem engeren Sinn gebraucht. In 1940 heißt es: der Erblasser kann den Erben oder einen Vermächtnisnehmer zu einer Leistung verpflichten, „ohne einem anderen ein Recht auf die Leistung zuzuwenden (Auflage)". Da in solchem Falle für den Erben (bezw. andere Personen) dennoch ein Anspruch auf Vollziehung der Auflage, d. h. ein „Recht" besteht, die auferlegte Leistung zu verlangen (2194 mit 194, 1), so ist klar, daß der Ausdruck „Recht" in 1940 in einem engeren Sinne gebraucht ist als in 194. Es kommt darauf an, die verschiedenen Arten von „Rechten" zu unterscheiden. Grundlegend sind die Rechtssätze, welche die Kraft der Rechte bestimmen.

Das BGB. kennt dreierlei den Rechten innewohnende Gaben, durch deren Verteilung ein dreifach gegliederter Stufenbau von Rechten sich erhebt, je nachdem ein Recht nur die eine oder auch die zweite oder endlich auch die dritte Gabe empfangen hat.

I. Begrifflich notwendig ist jedem Recht die Kraft, daß es die ihm entsprechende Handlung rechtfertigt. Die Handlung, durch welche ein Recht ausgeübt wird, ist als solche eine rechtmäßige

---

[2]) Auch die Begriffsbestimmungen der Lehrbücher pflegen diesen weitesten Begriff des subjektiven Rechts wiederzugeben, ja sich auf ihn zu beschränken. Vgl. z. B. Windscheid, Pand. Bd. 1 § 37. Crome, System Bd. 1 § 29. Dernburg, Bürg. R. Bd. 1 § 41. — Nur die konkret gewordene Berechtigung, nicht die abstrakte, durch die allgemeinen rechtlichen Eigenschaften der Person (Rechtsfähigkeit, Geschäftsfähigkeit usf.) gegebene rechtliche Möglichkeit zu rechtserheblichem Handeln ist ein subjektives Recht, ein „Recht" im Sinne des BGB. Vgl. Zitelmann, Internationales Privatrecht Bd. 2 S. 43 ff. Kipp bei Windscheid, Pand. 8. Aufl. Bd. 1 S. 138. O. Bülow, Klage und Urteil (1903) S. 12 ff. 18 ff.

Digitized by Google

Handlung[3]). Das gilt von den Rechten im weitesten Sinne des Wortes, und um dieses Satzes willen ist der Begriff des Rechtes im weitesten Sinne (in dem Sinne, in welchem das Wort gewöhnlich vom BGB. gebraucht wird) von rechtlichem und wissenschaftlichem Wert. Die Rechte im weitesten Sinne entscheiden darüber, ob eine Handlung rechtmäßige oder widerrechtliche Handlung ist. Widerrechtlich ist die nicht durch ein entsprechendes Recht gedeckte Handlung, die ein fremdes Rechtsgut verletzt[4]). Für die rechtliche *Beurteilung* einer auf fremde Rechtsgüter einwirkenden Handlung sind die Rechte im weitesten Sinne maßgebend, und um dieser Bedeutung willen sind die Rechte im weitesten Sinne selber Rechtsgüter: sie genießen des Rechtsgüterschutzes gegen schuldhafte Verletzung (823, 1).

Es gibt eine große Zahl von Rechten, deren Kraft in dieser elementaren Wirkung aller Rechte sich *erschöpft*. Sie geben der entsprechenden Handlung die Eigenschaft einer rechtmäßigen Handlung und entscheiden damit über ihre *rechtliche* Wirkung. Beispiele sind das Notwehrrecht, das Anfechtungsrecht, das Aufrechnungsrecht, das Kündigungsrecht, das Recht auf Ehescheidung, das Zurückbehaltungsrecht, das Recht, eine Erbschaft auszuschlagen usf. Alle diese Rechte finden ihre Befriedigung durch die Rechtsordnung selber, durch die rechtliche Beurteilung, welche sie der Handlung zuteil werden läßt. Diese nur auf *Rechtswirkung* gehenden Rechte richten sich deshalb niemals gegen einen „anderen", der sie zu befriedigen hätte. Sie sind — und das bestimmt für das BGB. ihre juristische Form — Rechte *ohne Anspruch*. Sie sind *nur* von rechtfertigender Kraft und mögen daher *rechtfertigende*

[3]) Schikanöse Ausübung eines Rechts ist keine Rechtsausübung (226). Das entspricht niemals dem von der Rechtsordnung gewollten Inhalt eines Rechts, lediglich einem anderen Schaden zuzufügen.

[4]) In diesem Sinne gebraucht das BGB. durchweg den Ausdruck „widerrechtlich" (vgl. 123: Verletzung des Rechtsguts der freien Selbstbestimmung; 823, 1. 831. 832: Verletzung von Rechtsgütern überhaupt). Wenn die Handlung durch ein Recht (im weitesten Sinne) gedeckt ist, so ist sie nicht widerrechtlich (227. 228. 229. 858). Das BGB. hat (gegen *Titze*, Die Notstandsrechte im BGB. 1897, S. 11 Anm. 36. S. 81) in dieser Hinsicht einen festen Sprachgebrauch.

Digitized by Google

Rechte genannt werden: in dem Sinne, daß sie lediglich diese Eigenschaft entwickeln, ohne die überhaupt ein Recht nicht sein kann.

Man hat den bloß rechtfertigenden Rechten die wissenschaftliche Daseinsberechtigung abgesprochen, weil sie lediglich Begleiterscheinungen anderer Rechte (nämlich der anspruchgeschützten Rechte) seien[5]). Aber dieser Einwand trifft nicht zu. Das Notwehrrecht hat durchaus kein anspruchgeschütztes Recht zur Voraussetzung. Ebenso das Recht auf Scheidung oder Aufhebung der Ehe. Von dem Einrederecht, welches gleichfalls lediglich rechtfertigender Art ist, gilt genau das gleiche. Ebenso in der Regel von dem Anfechtungsrecht. Die bloß rechtfertigenden Rechte können nicht bloß als begleitende, sondern ebenso als selbständige Rechte auftreten. Es ist daher systematisch notwendig, diese Klasse der nur rechtfertigenden Rechte zu bilden[6]). Alle Gestaltungsrechte (oben S. 11 Anm. 8) gehören dazu, die ihrerseits gleichfalls bald begleitender, bald selbständiger Natur sind. Aber die Zahl der bloß rechtfertigenden Rechte ist größer als die der Gestaltungsrechte[7]).

II. Über den bloß rechtfertigenden Rechten erheben sich als Rechte höherer Stufe die Rechte mit Anspruch, d. h. die Rechte, kraft deren von anderen ein der Berechtigung entsprechendes

---

[5]) Vgl. insbesondere Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht (1878) S. 338 ff. und neuerdings Eltzbacher, Die Handlungsfähigkeit (1903) S. 103. 104.

[6]) Gerade für diese bloß rechtfertigenden Rechte ist der Rechtssatz von der schikanösen Ausübung „eines Rechts“ (226) von besonderer Bedeutung. So z. B. für die schikanöse Ausübung des Zurückbehaltungsrechts nach 410 (Hellwig, Anspruch S. 355), für die schikanöse Ausübung des nach 2014. 2015 dem Erben zuständigen Einrederechts (Strohal, Erbrecht 3. Aufl. Bd. 2 § 74 S. 228. 229). Anfechtung eines dem Anfechtenden nicht nachteiligen Rechtsgeschäfts (Anfechtung ohne Läsion) wird regelmäßig als Schikane „unzulässig“ sein. — Auch als Gegenstand schuldhafter Verletzung eines „Rechts“ (823, 1) können die bloß rechtfertigenden Rechte, z. B. das Zurückbehaltungsrecht, in Frage kommen. Verletzung eines Rechts fällt mit Beeinträchtigung eines Rechts zusammen, vgl. 1051. 1054. 1217. 1391. 2128. — Es ist also auch praktisch von Bedeutung, daß die bloß rechtfertigenden Rechte im Sinne des BGB. „Rechte“ sind.

[7]) Notwehrrecht, Einrederecht, Zurückbehaltungsrecht sind rechtfertigende Rechte, ohne Gestaltungsrechte zu sein.

Digitized by Google

Verhalten verlangt werden kann. Die anspruchbewehrten Rechte gehen nicht bloß auf Rechtswirkung, sondern auf Tatwirkung. Sie sind die *güterverteilenden* Rechte des bürgerlichen Rechts. Sie sprechen dem einen ein Lebensgut zu, sei es auf dem Gebiet des persönlichen, sei es auf dem Gebiet des wirtschaftlichen Daseins, um es dem anderen zu versagen. Sie sind unbefriedigt, sobald die Tatwirkung, um derentwillen das Recht besteht, nur durch das Mittel der Handlung eines gegnerisch Beteiligten (eines „anderen") verwirklicht werden kann. In demselben Augenblick erzeugen sie das Recht auf Befriedigung durch den anderen: den Anspruch. Sie sind anspruchbewehrte und zugleich anspruchsbedürftige (vollstreckungsbedürftige) Rechte. Durch das Mittel des Anspruchs beherrschen sie die Welt der privatrechtlichen Güter. Um dieser anspruchgeschützten Rechte willen ist die ganze Privatrechtsordnung, sind auch die rechtfertigenden Rechte da. Darum ziehen diese höher gearteten Rechte in der Regel die bloß rechtfertigenden Rechte als ihre Begleiterscheinung, als unselbständige, ihnen dienende Rechte an sich. Die *anspruchgeschützten* Rechte sind vor den anderen die Rechte des Privatrechts: sie sind *die Rechte im engeren Sinne*.

Durch den Anspruch gelangen die anspruchgeschützten Rechte zugleich zu bestimmter rechtlicher Gestaltung. Nicht jede einzelne dem Recht entspringende Berechtigung genießt einen besonderen Anspruchsschutz. Der Eigentümer hat unzählige „Rechte", z. B. über sein Grundstück zu gehen, zu fahren, zu reiten usf. Er hat aber keine diesen einzelnen Rechten als solchen entsprechenden Ansprüche, sondern nur den *Eigentumsanspruch*, durch welchen *alle* dem Eigentum entspringenden Rechte geschützt werden. Die Technik des Anspruchsschutzes beruht darauf, daß gewisse *Grundgestalten* der Leistungsansprüche und damit zugleich bestimmte *Grundgestalten* der Rechte geschaffen werden. Die unzähligen einzelnen Berechtigungen des Eigentümers werden zu unselbständigen, nämlich eines selbständigen Anspruchsschutzes darbenden „Rechten", zu bloßen Begleiterscheinungen eines einzigen anspruchgeschützten Rechts,

Digitized by Google

des Eigentums. Ebenso kristallisieren sich die „Rechte" des Pfandberechtigten zu Ausgestaltungen des einen anspruchgeschützten Pfandrechts, die „Rechte" des Käufers zu Erscheinungsformen des einen anspruchgeschützten Forderungsrechts usf. Als „Rechtsinstitute", d. h. als den Mittelpunkt eines Kreises von Rechtssätzen bildende und durch diese Rechtssätze zu bestimmter Form entwickelte Schöpfungen des Rechts erscheinen auf dem Gebiete des Privatrechts nur die selbständigen, d. h. die selbständig anspruchgeschützten Rechte. Der Anspruchsschutz (im römischen Recht die actio) gibt den Privatrechten nicht bloß die Verwirklichung, sondern ihre scharf ausgeprägte Gestalt. Das System der selbständig anspruchgeschützten Rechte ist der Kern des Systems der Privatrechte.

III. Die anspruchgeschützten Rechte zerfallen in zwei große Gruppen: die Rechte des Personenrechts und die Rechte des Vermögensrechts.

Die Persönlichkeit ist ein Rechtsgut, aber kein Recht. Sie wird mittelbar geschützt durch den Anspruchsschutz aller erworbenen Rechte; eines unmittelbaren Anspruchsschutzes genießt sie nicht. Sie wird unmittelbar nur geschützt nach Maßgabe des allgemeinen Rechtsgüterschutzes gegen schuldhafte Verletzung (823—826), nicht nach Maßgabe des besonderen Rechtsschutzes (des Anspruchsschutzes) gegen jegliche Verletzung.

Aber die rechtlichen Eigenschaften der Person erzeugen Rechte, die Rechte des Personenrechts: des Sonderpersonenrechts, des Verbandspersonenrechts, des Familienrechts und des Erbrechts. Diese Rechte sind teils rein personenrechtlichen (lediglich die Rechtsstellung der Person zum Ausdruck bringenden)[8]), teils güterrechtlichen Inhalts. Es gibt mitgliedschaftliches, eheliches, elterliches, vormundschaftliches Güterrecht. Das Erbrecht ist Familiengüterrecht von Todes wegen. Aus den güterrechtlichen Rechten können

[8]) Unter diesen Gesichtspunkt fällt auf dem Gebiete des Sonderpersonenrechts das Namenrecht, auf dem Gebiete des Verbandspersonenrechts das Mitgliedschaftsrecht, auf dem Gebiete des Familienrechts die ehemännliche, elterliche, vormundschaftliche Gewalt.

Digitized by Google

vermögensrechtliche Rechte (z. B. ein fertiges, fälliges Forderungsrecht) hervorgehen[9]; aber die güterrechtlichen Rechte als solche, z. B. das Nutznießungsrecht des Ehemanns am Frauengut, des Vaters am Kindesgut ist personenrechtlicher Natur.

Das eigentümliche aller personenrechtlichen Rechte, mögen sie rein personenrechtlicher oder güterrechtlicher Art sein, ist, daß sie eine bestimmte persönliche *Eigenschaft*, sei es die als rechtsfähiges Subjekt, sei es die als Mitglied, sei es die als Ehemann, sei es die als Erbe u. s. f., geltendmachen, daß sie darum an dieser persönlichen Eigenschaft ihres Trägers hängen, daß sie mit dieser persönlichen Eigenschaft entstehen und vergehen[10]. Die Rechte des Personenrechts, auch die güterrechtlichen Rechte, werden kraft persönlicher *Eigenschaften* erworben und mit dem Verlust dieser Eigenschaft verloren: sie sind von dieser Eigenschaft *untrennbar*. Sie dulden keine Übertragung und sterben mit ihrem Träger[11]. Die Rechte des Personenrechts sind unveräußerlich und unvererblich. Sie sind *verkehrsunfähige* Rechte.

Die Rechte des Vermögensrechts kennzeichnen sich dadurch, daß sie von den persönlichen Eigenschaften des Berechtigten *unabhängige* privatrechtliche Befugnisse darstellen. Sie setzen nur die allgemeine Rechtsfähigkeit ihres Trägers, d. h. die Persönlichkeit überhaupt, voraus. Sie geben Vermögensmacht kraft eines Tatbestandes des *Verkehrslebens*. Sie sind nicht verlierbar mit der Ausschließung aus einem Verein noch mit der Beendigung der Ehe oder der elterlichen Gewalt. Sie sind unabhängig von persönlichen Erlebnissen und Eigenschaften ihres Trägers und vermögen daher ihr Subjekt zu wechseln und zu überdauern. Sie sind (im Grundsatz) veräußerliche und vererbliche Rechte. Sie sind *Gegenstände des verfügungsgeschäftlichen Verkehrs*

[9]) Vgl. oben S. 8 Anm. 3.

[10]) So entsteht und vergeht die ehemännliche Nutznießung mit der Ehe, d. h. mit der Eigenschaft als Ehemann. Sie macht diese Eigenschaft als solche geltend, d. h. sie ist kein Vermögensrecht (kein Nießbrauchsrecht).

[11]) Eine Ausnahme bilden, wie schon oft hervorgehoben, die übertragbaren Mitgliedschaftsrechte.

Digitized by Google

und bedeuten in dieser ihrer Eigenschaft die „Gegenstände" des BGB. (oben S. 7. 21).

Dadurch treten unter den anspruchgeschützten Rechten die Vermögensrechte (Gegenstände) als die im Sinne des Privatrechts noch höher gearteten Rechte den Rechten des Personenrechts gegenüber. Sie fügen der rechtfertigenden Kraft nicht bloß den Anspruch, sondern überdies die Verkehrsfähigkeit hinzu. Diese letztere Tatsache (nicht der Geldwert oder Vermögenswert als solcher) ist es, welcher das Wesen des Vermögensrechts nach dem BGB. ausmacht (oben S. 23). Kraft dieser Tatsache sind die Vermögensrechte (dingliche Rechte, Immaterialgüterrechte, Forderungsrechte) die höchst entwickelten Privatrechte. Sie sind die wohlerworbenen und zugleich die (im Grundsatz) unsterblichen Rechte, deren Daseinskraft von persönlichen Verhältnissen nicht berührt wird, deren Inhalt durch die Verfügbarkeit ihrem Inhaber zu freiester Verwertung anheimgegeben ist. Sie sind Können, Vermögen im vollsten Sinne des Wortes. Sie gewähren alles, was ein Privatrecht zu gewähren imstande ist. Sie erscheinen daher im BGB. als die Rechte im engsten Sinne. Wiederholt werden sie schlechtweg als die Rechte bezeichnet. Der „Rechtserwerb" ist im BGB. der Erwerb von Vermögensrechten[12]), die „Rechtsnachfolge" eine Rechtsnachfolge in Vermögensrechte (oben § 6), die „Rechtsgemeinschaft" eine Gemeinschaft von Vermögensrechten (oben § 10), das Recht „am Recht" ein Recht an einem Vermögensrechte (oben § 13), der „Ertrag" eines „Rechtes" der Ertrag eines Vermögensrechts (oben § 14). Sie sind die Privatrechte besten Rechts, die „Rechte" vor allen anderen Rechten des bürgerlichen Gesetzbuchs[13]).

[12]) Vgl. oben § 6 Anm. 1.

[13]) Dadurch dürfte zugleich das Verständnis von 1940 gewonnen sein: durch Auflage verpflichtet der Erblasser den Bedachten, „ohne einem anderen ein Recht auf die Leistung zuzuwenden" (oben S. 83). Es besteht ein Anspruch auf Vollziehung für den Erben bezw. andere Personen, insbesondere die zuständige Behörde (2194), d. h. diese Personen haben ein anspruchgeschütztes Recht. Aber ihr Recht ist nicht vermögensrechtlicher, sondern personenrechtlicher Natur. Es ist kein Recht im engsten Sinne, kein Gegenstand, kein „Recht" vollkommenster Art, d. h. es ist kein Forderungsrecht. Der

Digitized by Google

Der Grund ihres Vorranges aber beruht darin, daß sie „Gegenstände“ sind, Gegenstände des verfügungsgeschäftlichen Verkehrs.

Anspruch des Erben, der zuständigen Behörde ist seiner Art nach jeglicher Verfügung entzogen: er macht lediglich die Eigenschaft als Erbe, Miterbe usw. bezw. als zuständige Behörde, kein freies Vermögensrecht geltend. Nicht jeder Anspruch, auch nicht jeder persönliche Anspruch auf irgendwelche Handlung bedeutet ein Forderungsrecht (vgl. oben § 5 Anm. 18). Das Wesen eines Forderungsrechts ist, ein seiner Art nach (vgl. oben S. 21) verfügbares Recht (ein Gegenstand) zu sein. Das Forderungsrecht des BGB. ist kraft dieser seiner Eigenschaft ein Vermögensrecht. — In der Literatur ist streitig, ob der in 2194 bestimmte Anspruch eine „mehr formale Befugnis“ oder ein Forderungsrecht sei (vgl. Strohal, Erbrecht 3. Aufl. Bd. I S. 38 Anm. 8). Die richtige Antwort ist nach dem vorigen, daß er einen personenrechtlichen Anspruch bedeutet.

Digitized by Google

Zur Theorie
der
Willenserklärung.

Von

Eduard Hölder.

Digitized by Google

Über den „Zeitpunkt des Zugehens bei empfangsbedürftigen schriftlichen Willenserklärungen“ hat Titze in Iherings Jahrb. 47 S. 379 ff. eine Untersuchung veröffentlicht. Er erklärt, er beschränke sich auf die Fälle der schriftlichen Übermittlung von Willenserklärungen (S. 379), weil von ihnen die Fälle ihrer mündlichen Übermittlung wesentlich verschieden seien. Hier fällt auf die Ersetzung der im Titel genannten schriftlichen durch die schriftlich übermittelten Willenserklärungen. Die Übermittlung einer Willenserklärung hat diese zum Gegenstand als eine vollzogene. Meine Erklärung ist ihrem Empfänger schriftlich übermittelt worden durch schriftliche Mitteilung ihrer erfolgten Vollziehung. Ist sie dagegen selbst eine schriftliche, so ist sie erst vollzogen, wenn ich die Schrift fertiggestellt und ihre Übermittlung an den Empfänger angeordnet habe, wogegen diese nicht eine schriftliche ist, erfolge sie nun durch Zusendung oder durch Niederlegung der Schrift an einem für ihre Abholung durch den Empfänger bestimmten Orte. Schriftliche Übermittelung ist Übermittelung durch das Mittel der Schrift. Titze meint aber vielmehr eine solche Übermittelung, deren Gegenstand ein an den Empfänger der Erklärung gelangendes Schriftstück ist und die durch dessen Transport erfolgt. Er erwähnt es als Besonderheit des Schriftstücks, es ermögliche, auch wenn es zunächst unbeachtet geblieben ist, „dem Adressaten regelmäßig die nachträgliche Kenntnisnahme seines Inhalts: littera scripta manet“, wogegen das flüchtige Wort, sobald es verhallt sei, keinerlei Daseinsspuren hinterlasse. Hinterläßt aber das gehörte Wort keinerlei Spur seines Daseins in der Erinnerung dessen, der es gehört hat? Und verwischt sich nicht auch die Daseinsspur des geschriebenen Wortes? Wie leicht kommt ein Stück Papier ab-

Digitized by Google

handen. Bin ich in der Lage, vom Inhalte eines solchen Kenntnis zu nehmen, wenn es in meiner Abwesenheit auf meinen Schreibtisch gelegt wurde und vor meiner Heimkunft der Wind es aus dem offenen Fenster entführt hat? Und setzt jede schriftliche Erklärung ein eigenes „Schriftstück" voraus? Habe ich sie, weil die Wohnung des Adressaten verschlossen war, auf dessen vor jener hängender Schiefertafel oder in Gemäßheit einer Vereinbarung mit ihm an einem bestimmten anderen Orte angeschrieben, so konnte er keine Kenntnis von ihr nehmen, wenn, ehe er an den bestimmten Ort kam, meine Schrift durch Zufall oder fremde Tat ausgelöscht war. Und kommt nicht neben der mündlichen und schriftlichen die Erklärung durch andere Zeichen in Frage? Die Unterscheidung, die Titze macht, ist weder erschöpfend noch so wichtig, wie er annimmt, und sie ist dem Gesetze fremd. Dieser Umstand würde für sich nichts gegen ihre Richtigkeit und Fruchtbarkeit beweisen. Würde aber das vom Gesetze als einheitlicher Begriff gefaßte „Zugehen" in verschiedenen Fällen Verschiedenes bedeuten, so daß es um eine in verschiedene Arten zerfallende Gattung sich handeln würde, so ließe doch keine dieser Arten sich bestimmen ohne Bestimmung der Gattung.

Als „Mindesterfordernis für das Zugehen" bezeichnet Titze den „Besitzerwerb am Schriftstück" (S. 387). Dieser auch schon von anderen geäußerte und für eine Reihe von Fällen sehr naheliegende Gedanke schließt aber die Bildung eines auch andere Fälle umfassenden Gattungsbegriffs des Zugehens aus. Dies gilt nicht nur für das Zugehen anderer als schriftlicher Willenserklärungen sowie solcher Willenserklärungen, die nicht durch ein eigenes Schriftstück erfolgen. Haben wir z. B. verabredet, daß ich ein solches an einem bestimmten nicht vom Adressaten beherrschten Orte niederlege, damit dieser es dort abhole, so kann von jenem Mindesterfordernisse des Besitzerwerbes keine Rede sein. Würde es bestehen, so würde der Adressat, für dessen Abholung das Schriftstück dort niedergelegt ist, durch deren Unterlassung das Zugehen verhindern können. Wäre das Schriftstück ein offenes Blatt, so würde er

Digitized by Google

sogar es lesen und je nach seinem Inhalte entweder an sich nehmen und dadurch zu einem ihm zugegangenen erheben oder mit der Wirkung liegen lassen können, daß es ihm nicht zugegangen wäre. Wenn Titze für das Zugehen einen solchen Besitzerwerb des die Willenserklärung enthaltenden Schriftstücks fordert, daß der Adressat „unter normalen Verhältnissen ohne weiteres von ihrem Inhalte Kenntnis nehmen kann" (S. 387), so liegt, wenn der Besitzerwerb das Zugehen deshalb begründet, weil er diese Möglichkeit gewährt, das entscheidende Moment nicht in jenem, sondern in dieser. Titze meint von seiner Auffassung, sie allein werde „der vom Gesetz adoptierten Empfangstheorie" gerecht (S. 389). Das ist ja aber gerade die Frage, was der „Empfang" oder das „Zugehen" einer Willenserklärung bedeutet, und wenn die Willenserklärung keinesfalls als solche eine körperliche Sache ist, so kann auch ihr Empfang als solcher nicht die ausschließlich auf körperliche Sachen anwendbare Bedeutung des Besitzerwerbs haben. Ergibt sich das Erfordernis der normalerweise dem Adressaten gewährten Gelegenheit der Kenntnis der Erklärung daraus, daß Gegenstand des in Frage stehenden Empfangs eine Willenserklärung ist, so ergibt sich daraus nur jenes Erfordernis und nicht daneben das Erfordernis des Besitzerwerbes, das mithin nicht als ein selbständiges, sondern nur insoweit besteht, als ohne seine Erfüllung jene Gelegenheit nicht gewährt wäre. Titze bezeichnet einesteils den Besitzerwerb als das Mindesterfordernis für das Zugehen, das erfolge durch einen die Kenntnisnahme ermöglichenden Besitzerwerb, verlangt aber anderenteils für das Zugehen „außer der Möglichkeit der Kenntnisnahme noch den Besitzerwerb am Schriftstück", bezeichnet also beide Erfordernisse als solche, die selbständig nebeneinander existieren, wobei sich fragt, warum der Besitzerwerb, wenn die Gelegenheit zur Kenntnisnahme nicht von ihm abhängt, doch neben dieser erforderlich sein soll.

Da der Besitz erworben wird „durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache" (§ 854 BGB), von der zwar bestritten ist, inwieweit sie vom Erwerber gewollt sein muß, die aber

Digitized by Google

keinesfalls ihm gegen seinen Willen aufgedrungen werden kann, so kommt Titze konsequent zum Ergebnisse, daß der Empfang der Willenserklärung stets ausgeschlossen ist als ein vom Adressaten verweigerter, so insbesondere auch, wenn er „dem Überbringer das Schreiben zwar zunächst aus der Hand nimmt, es ihm aber sofort, nachdem er an dem Briefumschlag die absendende Stelle erkannt hat, uneröffnet zurückgibt" (S. 389). Er gibt zu, daß nach dieser Auffassung „etwas von Unbilligkeit für den Absender übrig bleiben" möge, meint aber, die gegenteilige Meinung enthalte „ähnliche Härten für den Empfänger" (S. 392). Er bildet das Beispiel, daß in der Dämmerung der einen Kündigungsbrief überbringende Bote des Vermieters für einen Bettler gehalten und mit dem Brief fortgeschickt wird. Hier soll es billig sein, die Möglichkeit nachträglicher Kündigung zu gewähren, aber durchaus unbillig, die mißglückte Kündigung gegen den völlig gutgläubigen Mieter wirken zu lassen. War aber hier etwa der Vermieter weniger gutgläubig? Und soll seine vielleicht am letzten Tage der Kündigungsfrist erfolgte und daher nicht mehr wiederholbare Kündigung als nicht erfolgt gelten? Und wie wäre es im Falle mündlicher Botschaft? Soll der Mieter, der vielleicht längst die Kündigung befürchtet, sie dadurch vereiteln können, daß er dem bei ihm erscheinenden Hausmann gegenüber, in dem er ihren Überbringer errät, sich die Ohren zuhält?

„Schwierigkeiten" entstehen nach Titze für den Fall, daß „jemand für die Dauer seiner Abwesenheit die ankommenden Briefe an einen Dritten dirigiert, der sie zunächst in Empfang nehmen und dann weiterbefördern soll" (S. 399); doch sei hier die Entscheidung „schwierig nicht aus rechtlichen, sondern aus tatsächlichen Gründen" (S. 400). Entweder sei nämlich der Dritte ein Vertreter des Adressaten, so daß die Erklärung wirksam sei als eine jenem zugegangene, oder sei er „lediglich eine Briefsvermittlungsstelle", in welchem Falle die Erklärung zweifellos erst zugegangen sei, wenn sie auf Grund seiner Nachsendung beim Adressaten eintreffe (S. 400). Ob das eine oder das andere zutreffe, werde „sich

Digitized by Google

im einzelnen Falle nicht immer leicht entscheiden lassen" (S. 401). Es sei ein Kennzeichen der Vertretereigenschaft des Dritten, wenn ihm „das Öffnen der einlaufenden Briefe gestattet" sei, dagegen nicht ein Kennzeichen des Gegenteils, wenn er „die Briefe uneröffnet nachzusenden verpflichtet" sei. Es komme ganz an auf den Willen des Adressaten, der „sich im einzelnen Falle nur auf Grund der ihn begleitenden Umstände ermitteln" lasse (S. 402). „Im Zweifel wird man wohl davon ausgehen müssen, daß er auf eine Vollmachtserteilung hinsichtlich des Briefempfanges gerichtet gewesen ist."

Diese Ausführung gelangt zur entscheidenden Bedeutung eines Willens, der aus den „ihn begleitenden Umständen" entnommen werden soll, kann aber nicht angeben, auf welche Umstände es für seinen Inhalt ankommt, und sie entscheidet die Frage, welchen Inhalt er im Zweifel hat, weder mit voller Bestimmtheit noch mit irgendwelcher Begründung. Einer solchen hätte die Entscheidung des Verfassers um so mehr bedurft, da nach seiner Bestimmung die Willenserklärung zugegangen ist durch Erwerb eines solchen Besitzes des sie enthaltenden Schriftstücks, daß der Erwerber „unter normalen Verhältnissen ohne weiteres von ihrem Inhalte Kenntnis nehmen kann". Wie verhält sich dazu die Annahme ihres Zugehens durch einen Besitzerwerb, der dem Erwerber diese Möglichkeit nicht gewährt, weil er das Schriftstück nicht öffnen darf? Zugleich ist die ganze vom Verfasser aufgestellte Alternative unvollständig. Meine Bestimmung, daß Willenserklärungen mir dadurch zukommen können, daß sie einem anderen zukommen, kann nicht nur bedeuten seine Bestellung zu einem solchen, der sie als mein Vertreter empfangen, oder zu einem solchen, der sie mir übermitteln soll, sondern auch die nach meiner Bestimmung durch seinen Empfang mir gewährte Gelegenheit der Kenntnisnahme. Erbitte ich mir Mitteilungen unter einer bestimmten fremden Adresse, so bestimme ich, daß sie an mich gelangt sind, wenn sie an jene Adresse gelangt sind, oder daß die der Person, unter deren Adresse sie erbeten sind, gewährte Gelegenheit, von ihnen Kenntnis zu nehmen, die gleiche

Digitized by Google

mir gewährte Gelegenheit bedeutet. Dies kann tatsächlich zutreffen, weil ich z. B. als Gast bei jener Person weile und ebenso, wie sie selbst, in der Lage bin, von den an sie gelangten Zusendungen Kenntnis zu nehmen. Weile ich anderswo und kann ich daher nicht von dem an jene Person Gelangten schon deshalb Kenntnis nehmen, weil es an sie gelangt ist, so ist es möglich, daß mir an eigener Kenntnis überhaupt nichts liegt, weil ich die ganze Besorgung meiner Geschäfte oder der bestimmten Geschäfte jener Person überlassen habe, und es ist möglich, daß ich die eigene Kenntnis der für mich an sie gelangten Erklärungen mir durch sie verschaffe, was aber nicht nur so geschehen kann, daß sie mir die Briefe nachschickt, sondern auch so, daß ich die für mich bei ihr angelangten Briefe abhole. Erbitte ich mir Briefe unter einer fremden Adresse, so habe ich damit in keiner Weise erklärt, ob der Inhaber dieser Adresse sie für mich lesen, mir nachschicken oder so lange aufbewahren soll, bis ich sie abhole. Ich habe aber bestimmt, daß die ihm zugegangenen Briefe als mir zugegangen gelten. Sind sie in seinen Besitz gelangt, so sind sie dadurch in keinem jener drei Fälle in meinen (unmittelbaren) Besitz gelangt. Sie sind aber in jedem dieser drei Fälle dadurch, daß sie ihm zugegangen sind, mir zugegangen, so daß sie auch im zweiten und dritten Falle mir nicht erst dann zugehen, wenn sie mir nachgeschickt oder von mir abgeholt sind. Es steht damit genau so, wie wenn ich mir die Anbringung oder Niederlegung einer für mich bestimmten Erklärung an einem nicht von mir beherrschten Orte, z. B. einer bestimmten Stelle eines öffentlichen oder sonst mir zugänglichen Platzes erbitte. Habe ich sie mir für eine bestimmte Zeit erbeten, so ist sie mir rechtzeitig zugegangen, wenn sie vor dem Ablauf dieser Zeit an jenem Orte niedergelegt wurde. Unterbleibt meine Abholung derselben, so steht es ebenso, wie wenn ich einen für mich in meiner Wohnung auf meinen Schreibtisch gelegten Brief an mich zu nehmen unterlasse. Ist der von mir unter fremder Adresse erbetene Brief rechtzeitig an diese gelangt, so kann ich darauf, daß seine Nachsendung durch den Inhaber dieser Adresse oder seine Ab-

Digitized by Google

holung durch mich versäumt wurde, mich ebenso wenig berufen wie darauf, daß ich es versäumt habe, den in Gemäßheit meines Willens für mich an einem bestimmten Orte niedergelegten Brief abzuholen, oder daß der in meiner Wohnung abgegebene Brief durch meine oder der Meinigen Versäumnis nicht in meine Hände gelangt ist. Wenn jene drei Fälle sich dadurch unterscheiden, daß in der Regel der in meiner Wohnung abgegebene Brief in meinen Besitz, der bei einem anderen Adressaten abgegebene Brief in dessen Besitz, dagegen der an einem dritten Orte niedergelegte Brief in niemands Besitz übergegangen ist, so unterscheiden sie sich doch nicht bezüglich der dadurch erfolgten Erhebung der Erklärung zu einer mir zugegangenen.

Daß mir eine Erklärung zugeht oder zuteil wird, daß ich eine solche erhalte oder empfange, bedeutet im eigentlichen Sinne des Wortes ihre Erhebung zu einem Gegenstande meines Bewußtseins; denn jede Erklärung an einen anderen erfolgt, damit sie zu einem Gegenstand seines Bewußtseins werde, und ist ihm nicht wirklich zuteil geworden, ehe sie zu einem solchen geworden ist.

Die Gleichstellung der im weitern Sinne des Wortes ihm zugegangenen, d. h. seiner Kenntnisnahme zugänglich gewordenen Erklärung mit einer zu seiner Kenntnis gelangten beruht darauf, daß zwar ihr Urheber dafür zu sorgen hat, daß sie zu seiner Kenntnis gelangen könne, daß aber eine solche Vereitelung oder Verzögerung derselben, die zu erwarten jener keine Ursache hatte, den rechtlichen Erfolg der Erklärung nicht hindern soll, wenn sie dem Lebensgebiet ihres Empfängers angehört. Nehmen wir den gewöhnlichsten Fall einer brieflichen durch die Post übermittelten Erklärung, so gehört die Reihe der regelmäßig zwischen ihrer Vollziehung durch ihren Urheber und ihrer Kenntnisnahme durch ihren Empfänger liegenden Vorgänge an ihrem Anfange dem Lebensgebiet des einen, an ihrem Ende dem Lebensgebiete des andren und dazwischen weder dem einen noch dem andren individuellen Lebensgebiete an. Verläuft jene Reihe nicht ohne Störung und unterbleibt deshalb die Kenntnisnahme der Erklärung durch ihren Empfänger, so bedeutet sowohl

Digitized by Google

die trotzdem eintretende als die deshalb nicht eintretende Wirksamkeit der Erklärung einen Nachteil für einen Beteiligten. Es ist ein Nachteil für ihren Empfänger, wenn er sie trotz seiner unterbliebenen Kenntnis gelten lassen muß, und es ist ein Nachteil für ihren Urheber, wenn er trotz seiner Vollziehung derselben sie nicht geltend machen kann. Wir können nicht dem einen den einen Nachteil ersparen, ohne dem andern den andern Nachteil aufzuerlegen. Keiner von beiden Nachteilen tritt, wie der durch einen Vorgang von realer Bedeutung gestiftete Schaden, unabhängig von der Bestimmung des Rechtes ein, so daß nur die im Zweifel zu verneinende Frage entstehen würde, ob durch Rechtsbestimmung eine Überwälzung desselben auf eine andre Person erfolgen soll. Vielmehr hängt der Eintritt des einen oder des andren Nachteils ganz davon ab, ob das Gesetz die rechtliche Wirksamkeit der Erklärung trotz der eingetretenen Störung bestimmt oder wegen derselben ausschließt. Haben wir nun nur die Wahl zwischen der Bestimmung eines Nachteils für den einen oder den anderen, so ist es angemessen, daß jedem der Nachteil einer solchen Störung zufalle, die innerhalb seines Lebensgebietes sich ereignet hat. Ob er sie verschuldet hat oder nicht, ist dafür gleichgültig, denn keinesfalls hat sie der andre verschuldet, und wenn sie einen Nachteil entweder für den einen oder für den anderen haben muß, so ist das Ergebnis vorzuziehen, daß sie ihn für jenen habe. Mein postfertiger Brief kann nicht zur Post und dadurch nicht zum Adressaten gelangt sein, ohne daß weder mich noch den durch mich mit seiner Überbringung zur Post Beauftragten eine Schuld trifft, was nichts daran ändert, daß dadurch ein Nachteil für mich mit mehr Recht entsteht als für den Adressaten. Ist dagegen in dessen Wohnung der Brief durch den Postboten abgegeben, so ist er vielleicht doch nicht in die Hände des Adressaten gelangt und zwar gleichfalls möglicher Weise ohne jede weder ihn noch andre treffende Schuld, was wieder nichts daran ändert, daß dadurch ein Nachteil für ihn mit mehr Recht entsteht als für den Absender. Zweifelhafter ist dagegen die Frage, wie es steht, wenn die Störung sich ereignet hat im Gebiete des

Digitized by Google

postalischen mit der Auflieferung zur Post beginnenden und mit der Ablieferung durch sie endigenden Transports. Dadurch, daß die Erklärung nur wirksam wird als eine ihrem Empfänger zugegangene, gereicht im gegenseitigen Verhältnisse des Urhebers und Empfängers der Erklärung ein in jenem Gebiete sich ereignender, den bestimmungsgemäßen Transport vereitelnder Umstand zum Nachteil ihres Urhebers. Diese Entscheidung ist in der Regel dadurch gerechtfertigt, daß er der Urheber sowohl der ganzen Erklärung als ihrer Übermittlung auf dem bestimmten Wege ist.

Begründet jede Mitteilung wegen der Möglichkeit, daß sie nicht zur Kenntnis ihres Empfängers gelangt, entweder die Gefahr für diesen, daß er sie gelten lassen muß, obgleich sie nicht zu seiner Kenntnis gelangt ist, oder die Gefahr für ihren Urheber, daß er sie nicht geltend machen kann, obgleich er sie vollzogen hat, so ist es billig, daß sie zunächst auf dessen Gefahr und erst dann auf die Gefahr ihres Empfängers erfolge, wenn sie aus einem solchen Grunde nicht zur Kenntnis ihres Empfängers gelangt ist, der dem Gebiete seines Lebens angehört. Hat er die Erklärung erbeten und ihrem Urheber einen Boten zugeschickt, dem gegenüber dieser sie vollziehen soll, so ist sie ihm schon durch ihre Vollziehung zugegangen, weil ihre Übermittlung durch seinen Boten an ihn ein dem Gebiete seines Lebens angehörender Vorgang ist. Die Bestimmung des § 120 BGB., daß die durch die dazu verwendete Person oder Anstalt unrichtig übermittelte Erklärung als eine (anfechtbare) Erklärung des übermittelten Inhalts zu stande gekommen ist, gilt nur für den Fall solcher Verwendung einer Person oder Anstalt durch den Urheber der Erklärung. Hat nicht dieser sie verwendet, um durch sie die Erklärung dem Empfänger zugehen zu lassen, sondern der Empfänger sie verwendet, um durch sie die Erklärung zu empfangen, so hat er sie dadurch empfangen, daß die von ihm verwendete Person oder Anstalt sie empfangen hat, daher auch so wie diese sie empfangen hat und nicht so, wie sie durch deren Vermittlung ein möglicher Gegenstand seiner Kenntnis geworden ist. Die Besitzfrage ist dafür, daß die meinem Boten gemachte oder übergebene Er-

Digitized by Google

klärung mir zugegangen ist, ohne Bedeutung. Der Bote kann ein Diener sein, durch dessen Inhabung der Herr Besitz erwirbt. Er kann aber auch ein solcher sein, der den Botendienst aus Gefälligkeit oder gewerbsmäßig tut. In diesem Fall erwirbt er selbst den Besitz des ihm übergebenen Briefes und schuldet auch nicht schlechthin dessen Ablieferung an seinen Empfänger, da er z. B. ein Zurückbehaltungsrecht wegen seiner Kosten haben kann. Macht mir aber jemand durch irgend einen zu mir geschickten Menschen einen Antrag mit der Bestimmung, ich solle diesem die Antwort schriftlich oder mündlich geben, so muß er die diesem auf die von ihm bestimmte Weise gegebene Antwort als eine von ihm erhaltene gelten lassen und kann nicht sich darauf berufen, daß sie ihm verspätet, entstellt oder gar nicht überbracht oder ausgerichtet wurde. Und es ist keine Rede davon, daß ein solcher Bote nicht ein bloßer Bote, sondern ein Vertreter wäre. Er kann auch ein noch nicht siebenjähriger Knabe oder ein Geisteskranker gewesen sein. Kann er doch auch ein Tier gewesen sein. Habe ich es so abgerichtet, daß ich es zu einem andern schicken kann mit einem Korb im Maul, in dem ein Brief liegt, und soll nach meinem Willen der andre seine Antwort in den Korb legen, damit sie durch das Tier an mich gelange, so muß ich die in den Korb gelegte Antwort als von mir erhalten gelten lassen, wenngleich sie nicht an mich gelangt ist. Es verhält sich hier genau so, wie mit jeder Erklärung, die an einem bestimmten Orte angebracht werden sollte und an ihm angebracht, aber vom Empfänger nicht vorgefunden wurde.

Die Gleichstellung der im weiteren Sinne des Wortes mir zugegangenen oder zuteil gewordenen mit einer zu meiner Kenntnis gelangten Erklärung gehört zu den sehr zahlreichen Fällen, in denen das Recht die unterbliebene Unkenntnis eines bestimmten Umstands wegen ihres Grundes seiner eingetretenen Kenntnis gleichstellt. Die Verfasser des BGB. haben die Frage, wann eine solche Gleichstellung anzunehmen sei, sich nicht in ihrer Allgemeinheit vorgelegt und sie für verschiedene Verhältnisse sehr verschieden entschieden,

Digitized by Google

ohne daß für diese Verschiedenheit stets ein Grund ersichtlich wäre. Das BGB. kennt

1. die Gleichstellung

a) der auf grober Fahrlässigkeit beruhenden Unkenntnis eines Umstandes mit seiner Kenntnis dadurch, daß jene gleich dieser den guten Glauben ausschließt;

b) jeder auf Fahrlässigkeit beruhenden Unkenntnis eines Umstandes mit seiner Kenntnis in den Fällen, wo dem Kennen das Kennenmüssen gleichsteht;

c) nicht nur verschuldeter Unkenntnis, sondern auch einer aus anderen Gründen unterbliebenen Kenntnis:

α) im Falle der zwar nicht zur Kenntnis ihres Empfängers gelangten, aber im weiteren Sinne des Wortes ihm zugegangenen Willenserklärung,

β) in den Fällen einer ihrem Empfänger weder bekannt gewordenen, noch im weiteren Sinne des Wortes zugegangenen, aber doch an ihn abgesendeten Anfechtung und Anzeige. Es verneint

2. in anderen Fällen jede Gleichstellung der wenn auch noch so grob verschuldeten Unkenntnis mit der Kenntnis, so

a) in Beziehung auf die Rechte an Grundstücken,

b) in Beziehung auf die Unrichtigkeit eines Erbscheines,

c) im Falle des Irrtums über den Inhalt der Willenserklärung,

d) im Falle der dem Schuldner nicht bekannt gewordenen Abtretung einer Forderung.

In den zwei letzten Fällen ist die Bestimmung des Gesetzbuchs höchst bedauerlich. Es ist nicht zu billigen, daß auch der unentschuldbarste Irrtum über den Inhalt meiner Willenserklärung mich zu ihrer Anfechtung berechtigt. Es ist ebensowenig zu billigen, daß dieses durch das Unterbleiben seiner unverzüglichen Ausübung nach eingetretener Kenntnis des Irrtums erlöschende Anfechtungsrecht nicht dadurch erlischt, daß diese Kenntnis aus gröbster Fahrlässigkeit unterblieb. Es ist inkonsequent, die Eigenschaft des Irrtums als eines Anfechtungsgrundes zwar davon abhängig zu

Digitized by Google

machen, daß seine bestimmende Bedeutung, aber nicht davon, daß seine Existenz nicht auf Unverstand des Irrenden beruhte. Und es ist höchst ungerecht gegen den anderen, zwar dem Irrenden die Anfechtung trotz gröbster Fahrlässigkeit zu gewähren, aber jenem den Anspruch auf Schadensersatz zu versagen, sobald er den Irrtum oder dessen bestimmende Bedeutung aus Fahrlässigkeit nicht erkannte.

Daß im Falle der Abtretung einer Forderung nach § 407 BGB. nur ihre wirkliche Kenntnis durch den Schuldner dessen Zahlung an den bisherigen Gläubiger usw. ausschließt, würde die fortdauernde Möglichkeit dieser selbst für den Fall begründen, daß ein die Abtretung mit voller Sicherheit bezeugendes Schriftstück in die Hand des Schuldners gelangt wäre, falls nur er es nicht gelesen hätte. Diese Annahme ist aber praktisch unerträglich, und wir entgehen ihr, wenn wir bedenken, daß die rechtliche Wirksamkeit der ihrem Empfänger zugegangenen Mitteilung ihre rechtliche Gleichstellung mit einer ihm wirklich zuteil gewordenen bedeutet, wodurch ihr Inhalt rechtlich einem von ihm gekannten gleichsteht. § 130 bestimmt allerdings diese Gleichstellung nur für Mitteilungen, die Willenserklärungen, und nicht für solche, die lediglich Anzeigen sind; daß sie aber, wie für jene, so auch für diese gilt, ist um so weniger zu bezweifeln, da für eine Reihe von Anzeigen das BGB. die noch weiter gehende Gleichstellung der erst abgesendeten Anzeige mit einer vollendeten oder ihrem Empfänger bekannt gewordenen bestimmt.

In Beziehung auf Willenserklärungen unterscheidet das BGB. von ihrem Zugehen ihre Abgabe, die mit ihrer Absendung nicht identisch ist. Der Ausdruck ist nicht besonders gut gewählt. Im allgemeinen Sprachgebrauche ist zwar die Bezeichnung der Übergabe für den Akt des Übergebens, aber nicht die Bezeichnung der Gabe und Abgabe für den Akt des Gebens und Abgebens üblich, und dem Laien liegt es nahe, unter der abgegebenen Erklärung gerade die zugegangene zu verstehen, da er sie mit dem sie enthaltenden Schriftstücke identifiziert und daher bei ihrer Bezeichnung als einer abgegebenen leicht an dessen Eigenschaft denkt, am Empfangsort

Digitized by Google

abgegeben oder dem Empfänger übergeben zu sein. Die Absendung kann mit der Abgabe zusammenfallen oder ihr nachfolgen. Die Abgabe ist geschehen, wenn die Absendung angeordnet ist. Die Gleichstellung der abgesendeten, aber auch erst der abgesendeten Anzeige mit einer vollendeten beruht darauf, daß ihre Absendung noch ein Vorgang innerhalb des Lebensgebiets ihres Urhebers ist. Wo sie für die Wirksamkeit einer Mitteilung genügt, da trifft ihren Urheber nicht nur nicht die Gefahr, daß seine Mitteilung nicht zur Vollendung gelangt aus einem dem Lebensgebiete ihres Empfängers angehörenden Grunde, sondern überhaupt nicht die Gefahr, daß sie nicht zur Vollendung gelangt aus einem nicht seinem eigenen Lebensgebiete angehörenden Grunde. Dagegen trifft ihn auch hier die Gefahr des Unterbleibens der Vollendung seiner Mitteilung dadurch, daß die von ihm angeordnete Absendung derselben unterbleibt, weil diese noch seinem Lebensgebiete angehört. Handle ich bezüglich der meinem Lebensgebiete angehörenden Vorgänge auf meine, dagegen bezüglich der dem Lebensgebiete des anderen angehörenden Vorgänge auf dessen Gefahr, so daß die Vereitelung der Vollendung meiner Mitteilung durch jene, aber nicht ihre Vereitelung durch diese meine Mitteilung nicht zu rechtlicher Wirksamkeit gelangen läßt, so fragt sich bezüglich der Vorgänge des dritten zwischen jenen beiden liegenden Gebiets, ob sie behandelt werden wie die Vorgänge des einen oder des anderen. Zwischen solchen Anzeigen, für deren Wirksamkeit ihre Absendung genügt, und anderen Mitteilungen besteht der Unterschied, daß jenes Zwischengebiet dort dem Lebensgebiete des Empfängers, dagegen hier dem Lebensgebiet des Urhebers der Mitteilung hinzugerechnet wird. Dieser Unterschied hängt nicht zusammen mit dem Unterschiede der Willenserklärung und einer bloßen Anzeige. Die Mitteilung einer erfolgten Cession ist eine bloße Anzeige, die nach den allgemeinen Grundsätzen über Mitteilungen wirksam zu sein verdient als eine dem Empfänger im weiteren Sinne des Wortes zugegangene, aber nicht als eine bloß abgesendete. Durch sie erlangt erst die Cession ihre volle Wirksamkeit (worauf hier nicht näher eingegangen werden

Digitized by Google

kann). Dagegen genügt die Absendung bei solchen Mitteilungen, die nicht sowohl eine Rechtsänderung als die Abwendung einer solchen bezwecken und wobei es darauf ankommt, daß ihr Urheber dafür das Seinige getan habe, was er getan hat durch die Absendung der Anzeige, er hätte denn einen solchen Modus ihrer Absendung gewählt, der ihr rechtzeitiges und unentstelltes Eintreffen beim Empfänger nicht erwarten ließ. Daß er das Seinige getan hat, bedeutet auch hier nicht nur die Beobachtung des Verhaltens, das er selbst beobachten mußte, damit es zur Vollendung der Mitteilung kommen konnte, sondern die gelungene Bewirkung eines bestimmten Erfolges. Während aber dieser Erfolg da, wo die Mitteilung, um rechtswirksam zu sein, zugegangen sein muß, darin besteht, daß es zu ihrer Vollendung nur noch solcher Vorgänge bedarf, die dem Lebensgebiete ihres Empfängers angehören, so besteht er hier lediglich darin, daß es dazu keiner Vorgänge mehr bedarf, die dem Lebensgebiete ihres Urhebers angehören. Beides fällt zusammen, wenn die Mitteilung durch ihren Empfänger erbeten ist und an einen durch ihn geschickten Boten oder durch ein anderes Mittel erfolgt, das er als ein zu ihrem Empfang durch ihn geeignetes bezeichnet hat. Erbitte ich mir ihre Anbringung an einem bestimmten Orte, so erkläre ich, daß sie als eine dadurch mir zugegangene gelten soll. Ebenso, wenn ich erkläre, daß sie z. B. durch das Aufziehen einer Flagge auf dem Hause ihres Urhebers erfolgen soll. Sie ist mir als eine solche zugegangen, von der ich im zweiten Falle durch die Wahrnehmung der vielleicht von meiner Wohnung aus sichtbaren Flagge, im ersten Falle durch das Betreten jenes Ortes Kenntnis nehmen kann. Diese Möglichkeit ist gleich jeder Möglichkeit eine solche, die sich vielleicht verwirklicht und vielleicht nicht verwirklicht. Ich kann verhindert sein, zur bestimmten Zeit mich dort zu befinden, von wo aus man die Flagge sehen kann, und die Möglichkeit, sie zu sehen, kann aus irgend einem Grunde wegfallen. Ebenso kann ich verhindert sein, den von mir für die Anbringung der Erklärung bestimmten Ort zu betreten, und es kann trotz seiner Betretung mir die Kenntnisnahme von der

Digitized by Google

Erklärung unmöglich sein, weil das dort niedergelegte Schriftstück sich dort nicht mehr befindet oder die dort angebrachte Schrift verwischt ist. Es trifft aber in jedem Falle einer mir zugänglich gewordenen Erklärung zu, daß sie vielleicht doch nicht zu meiner Kenntnis gelangt. Auch das bereits in meinen Händen befindliche Blatt kann, ehe ich es lese, ohne daß mich irgend eine Schuld träfe, durch die Gewalt eines Sturmes oder eines es mir entreißenden Menschen mir auf Nimmerwiedersehen entführt werden.

Wann die durch bestimmte Vorgänge für den Empfänger einer Erklärung gegebene Möglichkeit, von ihr Kenntnis zu nehmen, nahe genug ist, damit die Erklärung ihm zugegangen sei, bestimmt sich danach, ob die zu ihrer Verwirklichung noch erforderlichen Vorgänge und die möglicherweise für diese noch bestehenden Hindernisse dem Gebiete seines Lebens angehören, und für die Beantwortung dieser Frage ist maßgebend teils die Übung des Lebens, teils seine eigene Bestimmung. In Ermangelung einer solchen ist ihm zugegangen die Erklärung, bezüglich deren es nach der Übung des Lebens seine Sache ist, die infolge der Tätigkeit ihres Urhebers zu einem bestimmten Teile erfüllten Erfordernisse seiner Kenntnisnahme zum übrigen Teile zu erfüllen. Er kann aber auch bestimmen, daß eine Erklärung auf eine bestimmte sonst dafür nicht genügende Weise ihm zugehen kann. Er hat dadurch erklärt und bewirkt, daß es seine Sache ist, für die Erfüllung der Erfordernisse zu sorgen, deren Erfüllung außerdem noch erforderlich ist, damit die Erklärung zu seiner Kenntnis gelange. Erbittet er sie sich durch Anschreiben oder Niederlegung eines Schriftstückes an einem bestimmten Orte, so hat er die Gefahr sowohl des Umstandes, daß er nicht dahin kommt, als des Umstandes, daß, bis er dahin kommt, die Schrift verwischt oder das Schriftstück nicht mehr dort ist, auf sich genommen. Erbittet er sie sich durch Aufziehen einer Flagge, so hat er die Gefahr des Umstandes auf sich genommen, daß die aufgezogene Flagge für ihn nicht sichtbar ist, also ihm nicht die Möglichkeit gewährt, durch ihre Wahrnehmung von der Erklärung Kenntnis zu nehmen. Wie er hier Gefahr läuft, von der erfolgten

Digitized by Google

Willenserklärung nicht Kenntnis nehmen zu können, so läuft er auch, wenn er die Aufziehung der Flagge nicht mit dem anderen vereinbart, sondern einseitig als Zeichen z. B. der Zustimmung des anderen zu einem von ihm diesem gestellten Antrage bestimmt hat, die umgekehrte Gefahr, es mit Unrecht für ein Zeichen dieser Zustimmung zu halten, weil der andere seine Flagge zu einem anderen Zweck aufgezogen und vielleicht gar keine Kenntnis davon hat, daß jener ihre Aufziehung zum Zwecke der Bekundung eines bestimmten Willens erbeten hatte.

Als einen wesentlichen Unterschied der erst abgegebenen und der bereits zugegangenen Willenserklärung bezeichnet man die regelmäßige Widerruflichkeit jener und Unwiderruflichkeit dieser. Doch ist weder jene schlechthin widerruflich noch die im weiteren Sinne des Wortes ihrem Empfänger zugegangene Erklärung schlechthin unwiderruflich. Durch die Abgabe der Erklärung besteht die Möglichkeit ihrer Kenntnisnahme durch ihren Empfänger als eine solche, deren Verwirklichung ein bestimmtes Verhalten ihres Urhebers nicht mehr erfordert, wogegen die Möglichkeit, sie durch ein solches noch zu verhindern, nicht ausgeschlossen, aber auch in keiner Weise gesichert ist. Insbesondere hat nicht, wer zur Übermittlung seiner Erklärung einen Weg wählt, dessen Zurücklegung voraussichtlich längere Zeit erfordert, die Sicherheit, sie noch durch eine sie überholende Gegenerklärung widerrufen zu können. Schicke ich durch meinen Diener einen Brief an eine in weiter Entfernung wohnende Person zur Post, dessen Inhalt ich für den Fall einer bestimmten noch in den nächsten Tagen eintreffenden Nachricht telegraphisch zu widerrufen entschlossen bin, und begegnet nun jener auf dem Wege zur Post dem ihm persönlich bekannten, zufällig am bestimmten Orte weilenden Adressaten, so ist dadurch, daß dieser den Brief vom Diener erhalten und gelesen hat, die Möglichkeit telegraphischen Widerrufs seines Inhalts ausgeschlossen. Wie steht es aber mit der Unwiderruflichkeit der zugegangenen Erklärung? Titze (S. 403 ff.) erwähnt die Bestimmung, daß postlagernde oder sonst dem Empfänger nicht durch die Post zuzusendende, sondern von ihm auf ihr abzuholende

Digitized by Google

Briefe nach § 33 der Postordnung bis zur Aushändigung an jenen vom Absender zurückgefordert werden können, als Beweis dafür, daß solche Briefe erst durch ihre Abholung ihrem Empfänger zugegangen sind. Träfe dies zu, so wäre die Willenserklärung nicht zugegangen in Fällen, wo vollauf der Grund zutrifft, weshalb das Gesetz der ihrem Empfänger zu teil gewordenen Erklärung die im weiteren Sinne ihm zugegangene gleichstellt. Der Grund dieser Gleichstellung ergibt aber zugleich eine Beschränkung derselben. Die Willenserklärung soll nicht daran scheitern, daß die Kenntnisnahme von ihr aus einem dem Lebensgebiete ihres Empfängers angehörenden Grund, sei es durch dessen bösen Willen, durch dessen Fahrlässigkeit oder ohne dessen Schuld, unterbleibt. Dieser Gesichtspunkt greift Platz im Interesse des Urhebers der Willenserklärung, der sie trotz solchen Unterbleibens der Kenntnisnahme des Empfängers von ihr soll geltend machen können. Macht er sie nicht geltend, so kann es zu ihrer Geltendmachung durch ihren Empfänger nicht kommen, ohne daß sie zu dessen Kenntnis gelangt. Soll aber dieser, wann immer sie zu seiner Kenntnis gelangt, sie ebenso geltend machen können, wie wenn sie schon zu der Zeit, zu der sie im weiteren Sinne des Wortes ihm zugegangen war, zu seiner Kenntnis gelangt wäre? Soll nicht nur zu seinen Ungunsten und zu Gunsten des Urhebers der Willenserklärung, sondern auch zu seinen Gunsten und zu Ungunsten des andern die erst jetzt zu seiner Kenntnis gelangte Erklärung einer schon früher zu seiner Kenntnis gelangten gleichstehen, wenngleich es an ihm lag, vielleicht an seiner Fahrlässigkeit und vielleicht sogar auf seinem Vorsatz beruhte, daß bisher seine Kenntnisnahme unterblieben ist? Es ist ungerechtfertigt, daß den telegraphischen vor dem Inhalt des Briefes zu seiner Kenntnis gelangten Widerruf eines Briefes nicht muß gelten lassen, wer den Brief vorher bekommen, aber noch nicht gelesen hatte. Es ist ebenso ungerechtfertigt, daß ich auf die frühere von mir nicht benutzte Möglichkeit meiner Kenntnisnahme mich berufen kann, wenn es dem andern, der mir diese Möglichkeit gewährt hat, gelungen ist, sie vor dem Eintritte meiner Kenntnisnahme wieder aufzuheben. Nicht

Digitized by Google

deshalb, weil die von ihrem Empfänger postlagernd erbetenen und auf der Post zu seiner Abholung bereitliegenden Briefe ihm noch in keinem Sinne zugegangen sind, sondern deshalb darf sie der Absender noch zurücknehmen, weil sie solche sind, die zwar schon er, aber noch nicht der andre als zugegangen geltend machen kann. Ebenso ist die für mich an irgend einem von mir bestimmten Orte angebrachte Erklärung eine solche, die bis zu meiner Kenntnisnahme der andere wieder zurücknehmen kann. Handelt es sich in jenen Fällen um etwas, das sich nicht in meinem Besitze befindet, so steht es nicht anders, wenn jemand eine Mitteilung auf meine vor dem Eingang zu meiner Wohnung hängende und in meinem Besitze befindliche Tafel geschrieben hat. Sollte er unrecht dadurch tun, daß er das Geschriebene, ehe es zu meiner oder der Meinigen Kenntnis gelangt ist, wieder auslöscht?

Ist die abgegebene Willenserklärung mir zugegangen, wenn infolge ihrer Abgabe die Gelegenheit zu ihrer Kenntnisnahme mir so gewährt ist, daß es an einem dem Gebiete meines Lebens angehörenden Hindernisse, mit dem zu rechnen der andre keine Ursache hatte, liegt, wenn diese unterbleibt, so fällt für die Erklärung unter Anwesenden ihre Abgabe und ihr Zugehen in jenem Sinne zusammen. Auch hier aber beschränkt sich die Gleichstellung der Worte, die der andre im Fall normalen Verhaltens vernommen und verstanden hätte, mit solchen, die er vernommen und verstanden hat, darauf, daß der Urheber der Erklärung diese geltend machen kann. Der Empfänger einer mündlichen Antwort kann sich nicht darauf berufen, daß er sie überhört, falsch gehört oder zwar richtig gehört, aber falsch verstanden hat. Ist es ihm aber zweifelhaft, ob, mit welchen Worten oder in welchem Sinne ihm der andre geantwortet hat, und fragt er danach, so braucht der andre, wenn er die gegebene, aber nicht vernommene oder nicht verstandene Antwort bereut, sie nicht zu wiederholen, sondern kann nun eine andere oder keine Erklärung abgeben. Ebenso gilt die durch § 145 BGB. bestimmte Gebundenheit an den gestellten Antrag nicht für einen solchen Antrag, den der andre nicht vernommen oder nicht verstanden hat. Fragt dieser

Digitized by Google

nach dem ihm dunkel gebliebenen Sinn des gestellten Antrags, so kann der Antragsteller sowohl die Antwort verweigern als erklären, sein Antrag habe einen bestimmten Sinn gehabt, er habe sich aber eines anderen besonnen und stelle nun einen andern oder keinen Antrag. Die Wirksamkeit eines Antrages bedeutet nichts andres als die für seinen Empfänger bestehende Möglichkeit seiner Annahme. Ich kann einen Antrag nicht annehmen, ohne ihn als einen mir gestellten zu kennen, und ich kann ihn nicht annehmen, wenn ich zu der Zeit, zu der ich ihn als einen solchen kennen lerne, der mir gestellt war, ihn bereits als einen zurückgezogenen kenne. Seine trotzdem erfolgte Annahme wäre wider Treu und Glauben. Wenn nach § 157 BGB. Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte dafür maßgebend ist, welchen Inhalt ein Vertrag, also auch ein Vertragsantrag hat, so ist vom Inhalte eines solchen seine Existenz nicht zu trennen. Kann der Empfänger des Antrags einen solchen Inhalt desselben nicht geltend machen, dessen Annahme Treu und Glauben nicht zuläßt, so kann er ihn auch überhaupt nicht geltend machen unter Umständen, unter denen seine Geltendmachung gegen Treu und Glauben wäre.

„Treu und Glauben" ist eine Übersetzung der römischen bona fides. Diese begegnet uns in zwei verschiedenen Bedeutungen, in denen wir sie auf verschiedene Weise wiedergeben, und zwar in der einen durch die Bezeichnung des guten Glaubens, in der andren durch die Bezeichnung von Treu und Glauben. In der ersten Bedeutung steht der bona fides gegenüber die mala fides, die wir als bösen Glauben bezeichnen. Daß hier fides als Glaube übersetzt wurde, hängt zusammen mit dem kirchlichen Sprachgebrauche, wonach fides Christiana der christliche Glaube ist. Daß die Übersetzung schlecht ist, zeigt der Umstand, daß schwer zu sagen ist, was diese entgegengesetzte Prädizierung des Glaubens eines Menschen bedeuten soll. Seine Bezeichnung als eines guten kann hier weder seine Heilsamkeit noch seine Richtigkeit bedeuten. Der gute Glaube des BGB. ist stets ein unrichtiger, der gut nur heißen kann im Sinne eines subjektiv berechtigten. Es ist aber nur ein sehr be-

Digitized by Google

ſcheidnes Maß ſubjektiver Berechtigung, deſſen er bedarf, um gut zu ſein, da dieſes Prädikat ihm zukommt, ſobald er nur nicht auf grobem Verſehen beruht. Es gehört zu den ſprachlichen, auch leicht ſachlich irreführenden Wunderlichkeiten des BGB., daß es einesteils einen Glauben, der auf fahrläſſiger Unkenntnis beruht, einen guten nennt, falls die Fahrläſſigkeit nicht eine grobe iſt, und doch andernteils alles, was ich aus Fahrläſſigkeit nicht kenne, etwas nennt, das ich kennen muß. Kaufe ich einem Menſchen eine Sache ab, von dem ich bei Aufwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt erkannt hätte, daß ſie ihm nicht gehörte, ſo bin ich nach dem BGB. ein ſolcher, der die Abweſenheit ſeines Eigentums kennen mußte, deſſen Glaube an dieſes aber gleichwohl ein guter und mir zum Eigentum verhelfender iſt. Die Bezeichnung des böſen Glaubens kommt im BGB. nicht vor und paßt in der Tat auch nicht auf die Abweſenheit des guten Glaubens; denn dieſe iſt entweder überhaupt kein Glaube, ſondern Kenntnis davon, daß der andere nicht Eigentümer war, oder ein auf grober Fahrläſſigkeit beruhender Glaube, den man nicht wohl einen böſen nennen kann.

Die bona und mala fides des römiſchen Rechts iſt nicht ein guter und böſer Glaube, ſondern ein gutes und böſes oder ſchlechtes Gewiſſen. Die Möglichkeit, daß der Erwerber dem Eigentümer gegenüber ein gutes Gewiſſen hat, kann von einem Irrtum abhängen, und dieſen Fall betrifft die ſeinerzeit zwiſchen Bruns und Wächter verhandelte Streitfrage, ob der Irrtum ein entſchuldbarer ſein mußte. Dieſe Frage muß bejahen, wer der Anſicht iſt, daß nach römiſchem Rechte überhaupt nur der entſchuldbare Irrtum rechtliche Bedeutung hatte. Der Begriff der bona fides gibt darüber keine Auskunft; denn man kann das Erfordernis eines guten Gewiſſens beim Erwerbe, um das es nach römiſchem Rechte ſich ausſchließlich handelt, verſtehen in dem weiteren Sinne, daß es erfüllt iſt, ſobald der Erwerber nicht das Bewußtſein des Unrechts hat, und in dem engeren oder ſtrengeren Sinne, daß es nicht erfüllt iſt im Falle des Erwerbes trotz des begründeten Ver-

Digitized by Google

dachtes seiner Unrechtmäßigkeit, sei es nun, daß es dem Erwerber zum Vorwurf gereicht, ihn nicht gehegt zu haben oder sich durch ihn nicht zur Unterlassung der Erwerbshandlung haben bestimmen zu lassen. Wo wie beim Erwerb von einem beschenkten Ehegatten eine zwar nicht rechtsgültige, aber auch nicht unrechtmäßige, weil vom Eigentümer gestattete, Zuwendung vorlag, da bedurfte es zur bona fides keines Glaubens an irgend etwas nicht zutreffendes.

Eine andre Rolle als hier kam der bona fides zu im Obligationenrechte. Wenn es Fälle gab, in denen der Richter die Existenz und den Umfang der in Frage stehenden Verbindlichkeit zu würdigen hatte ex fide bona, so handelte es sich um die bona fides nicht als Tatbestandsmoment, sondern als Moment der Beurteilung eines Tatbestandes. Für seine vom Richter anzunehmende rechtliche Wirkung soll die bona fides maßgebend sein. Bei der bona fides des Erwerbers handelt es sich um dessen Gewissenhaftigkeit beim Erwerbe. Bei der bonae fidei obligatio handelt es sich nicht um die Wirkung der Gewissenhaftigkeit, die dem bestimmten Menschen im gegebenen Falle zukam, sondern um die Anforderungen der Gewissenhaftigkeit, die ein im bestimmten Verhältnisse stehender haben soll. Für die Wirkungen des ex fide bona zu würdigenden Verhältnisses sind maßgebend nicht nur die Bestimmungen des Rechtes, sondern als Ergänzung derselben die Forderungen der Gewissenhaftigkeit oder Redlichkeit. Seine Wirkungen können durch diese sowohl eine Ausdehnung als eine Verminderung erfahren, die bis zu ihrem gänzlichen Ausschlusse gehen kann. Den Maßstab dafür, was die Redlichkeit fordert, trägt der Richter als ein solcher, der selbst ein redlicher Mann ist, in sich. Seine Überzeugung davon beruht aber nicht auf seiner individuellen Lust und Laune, sondern auf seiner Erfahrung über die Anschauungen und die Übung des Lebens. Ohne Kenntnis dieser oder der Verkehrssitte läßt sich ebensowenig sagen, was die Redlichkeit fordert, wie ohne ihre Kenntnis sich sagen läßt, was die im Fall einer Diligenzpflicht geschuldete Diligenz fordert. Daher schließt die Beurteilung der Folgen eines Tatbestandes ex fide

bona seine Beurteilung nach Maßgabe der Verkehrssitte in sich, soweit nicht diesem Momente ein andres vorgeht. Die bonae fidei obligationes entstehen durchweg ex contractu oder quasi ex contractu und nicht ex delicto vel quasi ex delicto, und es handelt sich durchweg um Tatbestände, die eine gegenseitige Verbindlichkeit begründen. Um fides oder Treue handelt es sich bei jedem Kontrakt. Diese Treue hat aber beim streng einseitigen stricti iuris contractus einen engeren Sinn als beim bonae fidei negotium. Bei jenem handelt es sich lediglich darum, Wort zu halten. Ist das Wort gehalten, so ist die Treue gehalten. Sie erfordert nicht mehr und nicht weniger als die Erfüllung der gegebenen Zusage. Die Anforderungen der bona fides können über diese hinausgehen und hinter ihr zurückbleiben. Das bonae fidei negotium ist nicht notwendig ein Vertrag. So ist die negotiorum gestio kein solcher. Wer die Angelegenheit eines anderen ohne Auftrag zu besorgen unternimmt, erteilt ihm keine Zusage. Er tut dies aber als ein auf die Wahrung des bestimmten fremden Interesses bedachter Mensch, der das Verhalten schuldet, das von einem gewissenhaften Vertreter desselben erwartet werden kann. Ebenso schuldet ihm der andre seine Schadloshaltung, soweit sie in einem solchen Falle von einem gewissenhaften oder redlichen Menschen zu erwarten ist. Was hier jeder dem andren als gewissenhafter Mensch schuldet, ließe sich nicht bestimmen ohne die Existenz einer in dieser Beziehung bestehenden Verkehrssitte.

Während nun das römische Recht nur die rechtliche Bedeutung gegenseitig verpflichtender Tatbestände von der Bedeutung abhängig macht, die sie nach der Verkehrssitte für das Verhalten gewissenhafter Menschen haben, so ist nach dem BGB. „Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte" allgemein maßgebend 1. nach § 157 für die Auslegung von Verträgen und 2. nach § 242 dafür, wie eine geschuldete Leistung zu bewirken ist[1]).

[1]) Vgl. darüber die Ausführungen meines Kommentars zu § 157 und meinen Aufsatz über Gesetz und Verkehrssitte im „Recht" 1901 S. 216 ff. Viel beachtenswertes über § 157 und 242 bei R. Schneider, Treu und Glauben

Digitized by Google

Beide Bestimmungen können auch so ausgedrückt werden, daß im Gegensatze zum römischen Rechte alle Verträge und Obligationen bonae fidei negotia und obligationes sind. Unstreitig ist aber zunächst die erste Bestimmung ausdehnend auszulegen. Es kann kein Zweifel daran sein, daß auch von anderen als vertragsmäßigen Zusagen gilt, was der Gesetzestext nur von Verträgen bestimmt. Niemand wird annehmen, daß Treu und Glauben für die Auslegung von Auslobungen oder von Schuldverschreibungen auf den Inhaber die Bedeutung nicht habe, die jenem Momente für die Auslegung von Verträgen zukommt. Aber auch z. B. für Testamente ist jenes Moment nicht ohne Bedeutung. Gewiß ist der Glaube, den jemand durch sein Testament erweckt, für dessen Auslegung nicht gleichgültig, und wenn seine eigene Treue nicht in Frage kommt, weil er durch dasselbe nicht sich, sondern ausschließlich anderen ein bestimmtes Verhalten vorschreibt, so kommt doch dafür in Frage deren Treue gegen sein Gebot und sowohl der durch dieses erweckte Glaube Dritter, den nicht zu täuschen eine Sache ihrer Treue ist, als ihr eigener Glaube, dessen Erweckung durch seine Bestimmung macht, daß ihr durch ein solches Verhalten genügt ist, das sie für ein ihr genügendes halten durften. Hat so Treu und Glauben Bedeutung für die Auslegung jedes einen Willensinhalt bezeichnenden Verhaltens, so gilt dasselbe von der Verkehrssitte um so mehr, da von dieser die Eigenschaft eines Verhaltens abhängt, einen bestimmten Willensinhalt zu bezeichnen, wie namentlich der im Zweifel für den Sinn eines gebrauchten Wortes maßgebende Sprachgebrauch nichts anderes ist als ein Stück Verkehrssitte[2]). Ist aber Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte dafür maßgebend, ob ich ein bestimmtes Verhalten als Willenserklärung dieses oder jenes Inhalts geltend machen kann oder gelten lassen muß, so ist dasselbe Moment auch dafür maßgebend, ob ich ein bestimmtes Verhalten überhaupt als eine Willenserklärung

1902 und im Arch. für bürg. R. 25 S. 269 ff., der aber mit Unrecht die Bedeutung von Treu und Glauben auf Schuldverhältnisse beschränkt.

[2]) Vgl. darüber meine Ausführungen im „Recht".

Digitized by Google

geltend machen kann und gelten lassen muß. Auch diese Frage ist eine Frage der Auslegung des bestimmten Verhaltens. Es ist eine Frage der Auslegung meiner Zusage, ob ich sie als eine verbindliche oder als eine unverbindliche vollzogen habe. Für ihre Auslegung als eines Rechtsaktes ist diese Frage eine Vorfrage, da ihre Verneinung ergibt, daß die Zusage kein Rechtsakt war. Ich kann aber eine Zusage nicht nur überhaupt als verbindliche oder unverbindliche vollzogen haben, sondern ich kann sie auch als eine solche vollzogen haben, die verbindlich ist in Ermangelung ihres Widerrufs, und es bemißt sich nach „Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte", inwieweit durch die Art ihrer Vollziehung für mich die Möglichkeit ihres Widerrufes besteht.

Treu und Glauben ist ein Moment, bezüglich dessen bestritten ist der Umfang seiner rechtlichen Bedeutung und deren Verhältnis zur rechtlichen Bedeutung einesteils der Verkehrssitte, anderenteils anderer Momente. Keine selbständige Bedeutung hat neben Treu und Glauben die Verkehrssitte. Sie ist nicht maßgebend, wenn ihre maßgebende Bedeutung gegen Treu und Glauben wäre, und wo sie maßgebend ist, da ist sie es nicht neben der Bedeutung von Treu und Glauben, sondern wegen der Bedeutung von Treu und Glauben. Der Sinn jedes Verkehrs verschiedener Menschen bestimmt sich teils durch Momente, deren Bedeutung sich auf ihr gegenseitiges Verhältnis beschränkt, teils durch solche, die beruhen auf ihrer gemeinsamen Angehörigkeit zu einem größeren Kreise. So beruht insbesondere die Bedeutung jedes Wortes, das zwischen zwei Menschen gewechselt wird, darauf, daß es einen sowohl für den einen als für den anderen bestehenden Sinn hat. Soweit ein solcher gegeben ist durch ihre individuellen Beziehungen, kommt nicht in Frage der Sinn, den es hat nach dem allgemeinen Sprachgebrauche, der sich durch nichts anderes bestimmt als durch die bezüglich des Gebrauches jenes Wortes bestehende Verkehrssitte. Wäre nach der übereinstimmenden Ansicht aller Sprachkundigen ein bestimmter Sprachgebrauch der allein richtige und der, sei es im allgemeinen Verkehr oder im Verkehr des besonderen Kreises, dem die Urheber

Digitized by Google

und Empfänger der bestimmten Erklärung gemeinsam angehören, übliche Sprachgebrauch ganz verkehrt, so wäre doch für deren Sinn nicht maßgebend der sprachlich korrekte oder nach der Meinung der Sprachkundigen richtige, sondern der sei es überhaupt oder insbesondere in dem engeren Kreise, dem die Beteiligten gemeinsam angehören, übliche Sprachgebrauch. So sehr es sich von selbst versteht, daß die Bedeutung der Verkehrssitte für den Sinn einer Erklärung wegfällt, soweit für diesen besondere Beziehungen der Beteiligten maßgebend sind, so sehr versteht sich auch von selbst ihre Bedeutung, soweit solche fehlen, und zwar unabhängig davon, ob die Beteiligten die Verkehrssitte kennen; hätten doch die gesprochenen Worte in Ermangelung besonderer ihren Sinn bestimmender Beziehungen der Beteiligten überhaupt keinen Sinn, wenn sie nicht den Sinn hätten, den die Verkehrssitte ergibt.

Anderen Momenten gegenüber fragt sich, ob ihrer rechtlichen Bedeutung die rechtliche Bedeutung von Treu und Glauben vorgeht oder nachsteht. Betrachten wir die Bedeutung dieses Moments als eine durch das Gesetz bestimmte, so ist kein Zweifel daran, daß ihr die durch das Gesetz bestimmte Bedeutung anderer Momente vorgeht. Es ist nach § 157 maßgebend für die Auslegung von Verträgen oder für den Vertragsinhalt, der als von den Parteien gewollt anzusehen ist; dem sei es erwiesenen oder kraft Gesetzes aus bestimmten Umständen abzuleitenden Parteiwillen geht aber vor die unmittelbare Bestimmung des Vertragsinhaltes durch das Gesetz. Es ist nach § 242 dafür maßgebend, wie eine geschuldete Leistung zu bewirken ist; diese Frage erhebt sich aber für die geschuldete bestimmte Leistung und kann nicht eine der gesetzlichen Bestimmtheit dieser widerstreitende Beantwortung finden.

Gesetzliche Bestimmungen über den Inhalt von Verträgen sind alle Bestimmungen über den Umfang der durch solche begründeten Rechtsverhältnisse. Das Gesetz, wonach die Macht des Pfandverkaufs dem Pfandrechte wesentlich ist, bestimmt den Inhalt der Verpfändung. Wie jene Macht durch diese selbst dann begründet würde, wenn sie ausdrücklich wegbedungen wäre, so kann Treu und

Digitized by Google

Glauben nie ergeben, daß sie durch eine bestimmte Verpfändung nicht entstanden ist. Hat ein Rechtsgeschäft kraft Gesetzes einen bestimmten Inhalt, falls er nicht wegbedungen ist, so kann Treu und Glauben nie ergeben, daß es ihn trotz seiner unterbliebenen Wegbedingung nicht hat. Daß für Eviktion vielleicht weit über den Wert der Sache hinaus haftet, wer sie unter ihrem Werte verkauft und an die Möglichkeit solcher Haftung nicht denkt, kann höchst unbillig sein, wodurch aber jene Haftung als eine nicht wegbedungene nicht ausgeschlossen wird. Hat ein Rechtsgeschäft kraft Gesetzes einen bestimmten Inhalt nur im Zweifel durch sogenannte „Auslegungsvorschrift" (§ 186 BGB.)[3]), so steht es anders, weil diese seinen Inhalt nur für den Fall bestimmt, daß er nicht durch andere Momente sich genügend bestimmen läßt, also nicht zur Anwendung kommt, wenn er sich bestimmen läßt durch die Anwendung des § 157.

Die Auslegung eines Rechtsgeschäftes ist eine Bestimmung seines Inhaltes, und wäre Treu und Glauben nur maßgebend für Auslegung von Rechtsgeschäften, so wäre dieses Moment auch ausschließlich maßgebend für die Bestimmung ihres Inhaltes als eines nicht durch das Gesetz bestimmten. Der Auslegung oder der Bestimmung ihres Inhaltes bedürftige Willenserklärungen sind aber nicht nur die Privatrechtsgeschäfte, sondern auch die Gesetze, wie ja auch § 186 BGB. bestimmte „Auslegungsvorschriften" gleichmäßig gibt für Gesetze, gerichtliche Verfügungen und Rechtsgeschäfte. Auslegungsgrundsätze bestimmt das BGB. nur für Rechtsgeschäfte in § 133 und 157. Für Gesetze können solche durch kein Gesetz bestimmt werden; bedürfte doch das sie bestimmende Gesetz selbst wieder der Auslegung. Gleich der Geltung ist die Auslegung des Gesetzes nicht eine Sache seiner eigenen Bestimmung. Seine Geltung ist bedingt durch die Kompetenz, die seinem Urheber oder seinen Urhebern zukommt nach der Verfassung des Gemeinwesens, dessen Gesetz es ist. Und es ist eine Erklärung der kompetenten Organe des Gemeinwesens an alle Angehörigen des

[3]) Vgl. darüber Krit. Vierteljschr. für Rechtsw. 42 S. 487 ff.

Digitized by Google

Gemeinwesens für deren Sinn maßgebend ist die Bedeutung der Willenserklärung als eine solche, die nicht auf der Gesetzgebung, auf der vielmehr die Möglichkeit dieser beruht. Das Gesetz ist im Gegensatze zur privaten eine solche Willenserklärung, die durch die kompetenten Organe der Rechtsgemeinschaft an alle Rechtsgenossen ergeht. Keine Erklärung eines Menschen an einen anderen ist möglich ohne die Voraussetzung einer gewissen Gemeinschaft beider. Meine Erklärung an einen anderen ist ein Zeichen, das ich ihm gebe in der Voraussetzung, daß es für ihn denselben Sinn hat wie für mich. Es hat für ihn keinen Sinn, wenn er es nicht wahrnimmt oder nicht zu deuten weiß, und es hat für ihn einen anderen Sinn als für mich, wenn er es anders als ich deutet. Wie er es aber trotz seiner unterbliebenen Wahrnehmung als ihm gegeben muß gelten lassen, wenn seine Wahrnehmung durch eine innerhalb des Gebietes seines Lebens eingetretene Störung unterblieben ist, so muß er es als ein im bestimmten Sinn gegebenes gelten lassen, wenn es für den engeren oder eventuell weiteren Kreis von Menschen, dem wir angehören, jenen Sinn hat, den nicht erkannt zu haben daher ihm zur Last fällt. Ebenso muß aber der Urheber der Willenserklärung den Sinn, den sie hat für den Kreis von Menschen, dem er mit ihrem Empfänger gemeinsam angehört, gelten lassen, wenngleich er ohne Kenntnis dieses Sinnes sie vollzogen hat, vorbehaltlich der etwa wegen des Irrtums über ihren Sinn ihm zustehenden Anfechtung. Das Gesetz ist eine Willenserklärung, für deren Sinn keine Bedeutung haben individuelle Beziehungen ihrer Urheber und Empfänger; denn ihre Empfänger sind alle Rechtsgenossen unabhängig von ihren individuellen Verhältnissen, und ihre Urheber sind bestimmte Menschen nicht in ihrer Eigenschaft als diese Individuen, sondern in ihrer Eigenschaft als Organe des Gemeinwesens, die, wie sie im Dienste des allgemeinen Interesses das Gesetz erlassen oder bei seinem Erlasse mitgewirkt haben, so dadurch zur Geltung verholfen haben nicht dem nach ihrer individuellen Meinung ihm zukommenden Inhalte, sondern dem Inhalte, der sich ergibt aus dem gesamten

Digitized by Google

Zusammenhange des Lebens der Rechtsgemeinschaft, dessen Beherrschung und Förderung es bezweckt. Dazu kommt die Eigenschaft jeder gesetzlichen Bestimmung als eines Bestandteils eines Ganzen, dessen Bedeutung abhängt von seinem Verhältnisse zum übrigen Rechte. Wenn aber so für die Auslegung der Gesetze Momente in Betracht kommen, die für die Auslegung privater Willenserklärungen keine Rolle spielen, so sind doch die für diese durch § 133 und 157 bestimmten Auslegungsgrundsätze solche, die ebenso für die Auslegung von Gesetzen gelten, weil sie aus der Natur der Willenserklärung folgen.

Die Vorschrift des § 133, es sei „nicht an dem buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu haften", wird niemand Bedenken tragen als eine für die Auslegung von Gesetzen sich von selbst verstehende anzusehen. Das Gebot, es sei „der wirkliche Wille zu erforschen", bedeutet nichts anderes, als die Auslegung habe den wirklichen (und nicht nur den durch die gebrauchten Worte gegebenen ostensiblen) Inhalt der Willenserklärung zu bestimmen. Daß auch beim Gesetze es darauf ankommt, ist eben so unzweifelhaft. Daß sodann für die Auslegung der Gesetze wie jeder Willenserklärung die Verkehrssitte die Bedeutung hat, die § 157 ihr nur für die Auslegung von Verträgen zuschreibt, versteht sich um so mehr von selber, da jede Auslegung einer durch das Mittel des Worts erfolgten Erklärung vom Wortlaute ausgehen muß, dessen Sinn sich ohne Rücksicht auf die Verkehrssitte schlechterdings nicht feststellen läßt. Ebenso ist aber „Treu und Glauben" ein Moment, das für die Deutung von Gesetzen nicht minder Bedeutung hat als für die Deutung privater Erklärungen. Das Gegenteil der bona fides ist die fraus. Das Handeln in fraudem legis ist ebenso gut ein Verhalten contra bonam fidem wie das dem Wortlaute aber nicht dem Geiste eines Vertrages gemäße Verhalten. Daß es kein Zuwiderhandeln gegen den Geist einer eigenen Willenserklärung ist, macht dafür keinen Unterschied, wie ja auch im römischen Rechte die obligatio des dominus negotii eine bonae fidei obligatio war, wenngleich sie nicht auf erteilter Zusage beruht. Übrigens ist auch

Digitized by Google

die Untreue gegen das Gesetz unter Umständen eine Untreue gegen eine eigene Willenserklärung, falls sie nämlich von seinem Urheber oder einem seiner Urheber begangen wird.

Dem BGB. wird gerne nachgerühmt, es habe durch § 157 und 242 für eine besonders umfassende Berücksichtigung von Treu und Glauben gesorgt. Es beschränkt aber nicht nur die eine wie die andere Vorschrift ohne Grund auf den besonderen Fall des Vertrags und der Erfüllung einer Verbindlichkeit, sondern seine Bestimmungen widerstreiten auch mehrfach den Anforderungen von Treu und Glauben. Es widerstreitet ihnen, daß nach § 793 im Fall eines Inhaberpapiers der Schuldner durch Leistung an einen zur Verfügung nicht berechtigten Inhaber frei wird, wenngleich er ihn als einen solchen kennt. Und es widerstreitet ihnen, daß nach § 116 der geheime Vorbehalt, das Erklärte nicht zu wollen, die Geltung der Erklärung ausschließt, wenn der andere ihn kennt. Nach ihrem Wortlaute bezieht sich die Bestimmung des § 242 nicht auf den Inhalt der geschuldeten Leistung, sondern nur darauf, wie der Schuldner sie zu bewirken verpflichtet ist. Doch geht sie auch auf die Bewirkung der Leistung durch einen Dritten, der nicht auf andere Weise die fremde Verbindlichkeit erfüllen kann als ihr Subjekt. Außerdem läßt sich aber die Frage, wie die Leistung zu bewirken ist, von der Frage nach dem Inhalte der Pflicht zur Leistung nicht trennen. Ist es geboten, sie auf eine bestimmte Weise zu bewirken, obgleich diese Weise ihrer Bewirkung nicht durch eine besondere Bestimmung des die Leistungspflicht bestimmenden Gesetzes oder Rechtsgeschäftes vorgeschrieben ist, so ist nur die so bewirkte Leistung eine wirkliche Erfüllung. Ist es gestattet, sie auf eine bestimmte Weise zu bewirken, die nicht durch eine besondere Bestimmung des sie vorschreibenden Gesetzes oder Rechtsgeschäfts gestattet ist, so ist auch die auf jene Weise bewirkte Leistung eine wirkliche Erfüllung. Und daß „Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte" maßgebend ist für den Inhalt der geschuldeten Leistung, bedeutet nichts anderes, als daß jenes Moment maßgebend ist für die Auslegung der Willenserklärung,

Digitized by Google

durch die er bestimmt ist. Diese Willenserklärung ist eine solche des Verpflichteten, wenn er die Leistung kraft seiner eigenen Zusage schuldet. Sie ist gleichmäßig eine fremde Willenserklärung, wenn er die Leistung schuldet kraft der Zusage seines Erblassers, kraft der Bestimmung eines Dritten, z. B. einer ihm ein Vermächtnis auferlegenden fremden Verfügung von Todes wegen, und kraft gesetzlicher Bestimmung.

Die Unterscheidung des kraft Rechtsgeschäftes und des kraft Gesetzes Geschuldeten hat man oft als unlogisch bezeichnet, weil auch jenes kraft Gesetzes geschuldet sei. Die rechtliche Bedeutung der Willenserklärungen für das gegenseitige Verhalten ihrer Urheber und Empfänger steht aber nicht auf einer Stufe mit der rechtlichen Bedeutung anderer Tatsachen. Sie besteht kraft des Gesetzes wegen der Bedeutung, die jenen für dieses nach dem eigenen Willen ihrer Urheber zukommt. Nicht nur daß es Willenserklärungen gibt, sondern auch, daß sie nach dem Willen ihres Urhebers Bedeutung für sein Verhältnis zu ihrem Empfänger haben, ist unabhängig von der Bestimmung des Gesetzes. Die Bedeutung, die ihnen unabhängig von dieser zukommt, ist aber eine schwankende und genauer Bestimmung entbehrende. Jede Verheißung soll nach der Absicht ihres Urhebers in ihrem Empfänger die Erwartung ihrer Erfüllung erwecken. Wer eine solche vollzieht und von vornherein entschlossen ist, sie nicht zu erfüllen, dessen von ihm gehegter Wille, sie nicht zu erfüllen, steht im Widerspruch mit dem von ihm erklärten Willen, während der ganze Sinn der Willenserklärung darauf beruht, daß ihr Empfänger den von ihrem Urheber bezeichneten Inhalt für einen solchen halten soll, dessen Realisierung jener will. Was ich aber anderen als von mir gewollt bezeichne, das bezeichne ich dadurch nicht als auf alle Zeit von mir gewollt. Ich bezeichne es dadurch auch nicht als etwas nur in diesem Augenblick von mir gewolltes. Soll die Willenserklärung überhaupt Bedeutung haben, so muß ihr Empfänger auch noch einige Zeit nach ihrer Vollziehung in der Lage sein, mit Recht anzunehmen, daß ihr Urheber die Realisierung des durch sie be-

Digitized by Google

zeichneten Inhalts will. Auf wie lange aber er in dieser Lage ist und inwieweit sie eine Änderung teils schon durch die Länge der inzwischen verflossenen Zeit, teils durch bestimmte inzwischen eingetretene Ereignisse erfahren hat, läßt sich nicht aus dem Wesen der Willenserklärung ableiten, aus dem sich ebensowenig der bestimmte durch ein bestimmtes Verhalten anderen bezeichnete Willensinhalt ableiten läßt. In beiden Beziehungen ist maßgebend die gegenseitige Verständigung und Übung der Beteiligten, die Verkehrssitte und die Bestimmung des Rechtes. Was so gilt bezüglich der Tragweite der Willenserklärung, das gilt ebenso bezüglich der Frage, ob überhaupt ein bestimmtes Verhalten eine solche ist. Das Erfordernis einer bestimmten Form derselben pflegen wir als ein solches anzusehen, das nur besteht kraft besonderer gesetzlicher oder privater Bestimmung. Die Form ist aber ein das bestimmte Verhalten als Willenserklärung kennzeichnendes Merkmal, das, damit eine solche existiere, in Ermangelung einer gesetzlichen Bestimmung und einer besonderen Verständigung oder Übung der Beteiligten den Anforderungen der Verkehrssitte genügen muß. Soweit das Gesetz die Form einer Willenserklärung bestimmt, ist für deren rechtliche Existenz die von ihm bestimmte Form sowohl erforderlich als genügend, fällt also die Frage weg, ob eine nach Maßgabe sei es der individuellen Verständigung und Übung des Beteiligten oder der Verkehrssitte genügende Kundgebung vorliegt. Auf die Verkehrssitte zurückzugehen ist aber nicht nur unentbehrlich, sobald die Frage, ob eine zur Existenz einer Willenserklärung genügende Bezeichnung des bestimmten Willensinhalts vorliegt, weder durch gesetzliche Bestimmung noch durch eine besondere Verständigung oder Übung der Beteiligten entschieden ist, sondern es hat auch für die Auslegung der gesetzlichen Bestimmung die Verkehrssitte Bedeutung. Diese Bedeutung zeigt sich schon für die auf den Sprachgebrauch sich stützende Auslegung durch die Bedeutung, die für diesen die Verkehrssitte hat, und sie zeigt sich namentlich dann, wenn wir die Bestimmung des Gesetzes weitherziger auslegen als dem sprachgebräuchlichen Sinn seiner Worte gemäß ist. Vielfach sagt man, Bestimmungen über

Digitized by Google

die Form der Rechtsakte seien streng auszulegen. Dabei läuft aber eine Verwechslung unter. Der formelle Rechtsakt ist nicht zustande gekommen, wenn auch nur das Geringste an der erforderlichen Form fehlt. Für die Auslegung des sie bestimmenden Gesetzes gilt dagegen keineswegs das Erfordernis besonderer Strenge. Wenn Art. 4 der Wechselordnung zu den wesentlichen Erfordernissen des Wechsels die Angabe des Ortes, Monatstages und Jahres der Ausstellung zählt, so würde eine „strenge" Auslegung jede Zulassung eines unrichtigen Datums ausschließen. Da aber aus dem Wechsel die Richtigkeit oder Unrichtigkeit des Datums nicht ersehen werden kann, also das Erfordernis des richtigen Datums jede sichere Prüfung der Formrichtigkeit des Wechsels ausschlösse, läßt eine allgemein anerkannte Auslegung auch ein unrichtiges Datum zu, wenn es nicht ein unmögliches und damit ein solches ist, dessen Unrichtigkeit sich aus dem Wechsel selbst ergibt. Diese Auslegung ist weit älter als das BGB. Sie kann aber namentlich damit begründet werden, daß es gegen Treu und Glauben wäre, wenn der Glaube an die Formrichtigkeit des nach Maßgabe aller wahrnehmbaren Merkmale formrichtigen Wechsels deshalb getäuscht würde, weil er aus einem nicht wahrnehmbaren Grunde nicht formrichtig wäre.

Bezüglich des Inhalts und der durch ihn gegebenen Wirkungen der Rechtsgeschäfte unterscheiden manche Willenswirkungen und Gesetzeswirkungen. Jede Geschäftswirkung greift aber kraft Gesetzes Platz, und jede Geschäftswirkung greift deshalb Platz, weil sie kraft Gesetzes als eine vom Urheber des Geschäftes gewollte gilt. Daß sie nicht wirklich eine von ihm gewollte ist, gilt von der sogenannten Gesetzeswirkung nur, wenn er sie nicht als Wirkung seiner Erklärung kannte. Ebenso kann er aber die sogenannte Willenswirkung seiner Erklärung nicht gekannt und daher nicht gewollt haben, weil er über ihren Inhalt eine unrichtige oder überhaupt keine Vorstellung hatte. Jedes Zeichen, das Menschen einander geben, hat seine Bedeutung nicht durch den Willen dessen, der es gibt, sondern durch eine gegenseitige Beziehung, sei es der bestimmten Menschen oder aller an einer bestimmten Gemeinschaft

Digitized by Google

teilnehmenden Menschen. Solche Gemeinschaften sind namentlich die Sprachgemeinschaft, Verkehrsgemeinschaft und Rechtsgemeinschaft, die in naher Beziehung zueinander stehen. Für die rechtliche Bedeutung, die dem Verhalten eines Menschen als einer Erklärung an andre Menschen zukommt, ist maßgebend die Bestimmung des Rechtes. Dieses bestimmt sie aber einesteils dadurch, daß es die Bedeutung gelten läßt, die dem bestimmten Verhalten unabhängig von seiner Bestimmung zukommt für die Teilnehmer an der Gemeinschaft der Sprache, in der die Erklärung erfolgte, und des Verkehrs, von dem sie einen Bestandteil bildet, und anderenteils ist, soweit es eine eigne Bestimmung trifft, für ihre Auslegung selbst wieder maßgebend der sprachgebräuchliche Sinn seines Textes und die ganze Gestaltung des Verkehrs, den zu beherrschen und dessen Bedürfnisse zu befriedigen es bezweckt. Bestimmt es den Inhalt einer Willenserklärung für den Fall, daß nicht der Erklärende ihn anders bestimmt, so gilt jener Inhalt als vom Erklärenden gewollt, dieser hätte denn einen andern Inhalt bestimmt, der dann als von ihm gewollt gilt, sollte er auch in Wirklichkeit ihn nicht gewollt haben, weil er ihn nicht kannte. Bestimmt es nur, welchen Inhalt eine Erklärung im Zweifel hat, so findet die Bestimmung nur Anwendung, soweit der abgesehen von ihr durch das bestimmte Verhalten bezeichnete Willensinhalt zweifelhaft ist, und der Zweifel ist ausgeschlossen, sobald es nach der Verkehrssitte einen genau bestimmten Inhalt bezeichnet, sollte auch dieser dem Erklärenden nicht bekannt und daher von ihm nicht wirklich gewollt gewesen sein. Bestimmt das Gesetz, daß mit dem vom Erklärenden zunächst bezeichneten Willensinhalt sich ein anderer notwendig verbindet, so ist kraft Gesetzes durch die Bezeichnung des einen auch der andere bezeichnet, so daß selbst dessen ausdrückliche Wegbedingung ignoriert wird. Sie wird aber nicht ignoriert, weil eine vom erklärten Geschäftswillen unabhängige Geschäftswirkung vorläge, sondern weil jener kraft Gesetzes den wegbedungenen Inhalt in sich schließt. Die Wegbedingung eines Teils eines unteilbaren Gesamtinhaltes ist deshalb ohne Bedeutung, weil dessen übrige Teile nicht ohne jenen

Digitized by Google

gelten können. Die vom Handelnden getroffene Bestimmung, sie sollen ohne ihn gelten, wird umgedeutet in die Bestimmung, sie sollen mit ihm gelten, weil wir nur die Wahl haben zwischen ihrer Geltung mit ihm und dem Ausschlusse ihrer Geltung und das Recht annimmt, jene sei dem Handelnden lieber als diese. Wer eine Sache zu Pfand gibt unter Wegbedingung der Macht des Pfandverkaufs, verbindet miteinander zwei Bestimmungen, die nicht nebeneinander gelten können, von denen aber die eine ohne die andre gilt, weil sie die Hauptbestimmung ist. Was in diesem Falle eines bestellten dinglichen Rechts, dessen Inhalt gesetzlich feststeht, niemand bestreiten wird, daß man nicht unterscheiden kann zwischen der Macht des Pfandverkaufs als einer Gesetzeswirkung und der sonstigen Pfandhaftung als einer Willenswirkung der Verpfändung, gilt ebenso überall, wo mit einem bestimmten Geschäftsinhalt sich ein weiterer von Rechtswegen notwendig verbindet. Leihe ich dir eine Sache mit der Bestimmung, daß du für den Fall ihres Verlustes oder Verderbes unter keinen Umständen sollst Ersatz leisten müssen, so ist, wenn du sie vorsätzlich vernichtest oder beschädigst, deine trotz jener Bestimmung bestehende Ersatzpflicht nicht eine Gesetzeswirkung des Leihvertrages neben der Willenswirkung der Restitutionspflicht. Wollte man diese Ersatzpflicht eine Gesetzeswirkung und die nur im Falle ihrer Ausbedingung bestehende Ersatzpflicht wegen zufälligen Verlustes und Verderbes eine Willenswirkung des Vertrages nennen, so wäre die der besonderen Ausbedingung nicht bedürftige, aber der Wegbedingung fähige Haftung für Fahrlässigkeit ein Mittelding zwischen einer Gesetzeswirkung und einer Willenswirkung, da sie zwar kraft Gesetzes ohne eine sie bestimmende Willensäußerung besteht, aber doch nicht besteht im Fall einer das Gegenteil bestimmenden Willensäußerung.

„Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte" oder was nach dieser die Teilnehmer am Verkehre voneinander erwarten können und daher einander schulden, hat Bedeutung wie für die Auslegung von Verträgen und den Inhalt geschuldeter Leistungen, so namentlich auch für die Eigenschaft und Tragweite eines Ver-

Digitized by Google

haltens als einer Willenserklärung. Die römischen Juristen bemerken, eine interpellatio dürfe nicht inopportuno loco et tempore erfolgen. Für unser Recht meint H. Meyer (Das Recht 1904 S. 507), nach § 284 BGB. sei „auch die unpassendste Art der Mahnung (z. B. ein Herr drängt sich in ein Damenbad) wirksam". Unbestreitbar ist, daß wir in dieser Beziehung weder besondere Bestimmungen über die Mahnung noch überhaupt eine gesetzliche Bestimmung über unpassende Willenserklärungen haben. Wer übrigens ein drastisches Beispiel einer am unpassenden Ort erfolgten Mahnung haben will, bedarf nicht des zu diesem Zweck sich in ein Damenbad drängenden Herrn, sondern findet einen köstlichen Fall in Gottfried Kellers „Fähnlein der sieben Aufrechten", wo der Rekrut Ruckstuhl dem wegen nächtlichen Lärms visitierenden Offizier, der sein Mieter und mit dem Mietzins im Rückstand ist, erklärt: „Bezahlen Sie erst Ihre Schulden, Herr Leutnant, ehe Sie die Leute aufschreiben." Weder eine solche Mahnung noch die etwa vor Gericht dem Richter gegenüber durch das Plaidoyer eines Rechtsanwalts erfolgte noch die durch den Prediger auf der Kanzel gegenüber seinem vor ihm sitzenden Schuldner vollzogene Mahnung muß der Gemahnte gelten lassen, wenngleich er sie vernommen und verstanden hat. Für die Mahnung gilt nichts besonderes; sie ist nur ein typisches Beispiel einer zu Ungunsten ihres Empfängers wirkenden Erklärung. Er muß sie nicht als empfangen gelten lassen, wenn sie unter Umständen erfolgte, unter denen er nach der Sitte des Verkehrs zu ihrer Ignorierung berechtigt war. Eine vollendete ist die zur Kenntnis ihres Empfängers gelangte Mitteilung. Wie aber eine Mitteilung als vollendet gelten kann, weil die Vollendung aus einem Grunde unterblieb, der nicht zum Nachteil ihres Urhebers gereichen darf, so kann sie auch umgekehrt trotz ihrer tatsächlichen Vollendung nicht als vollendet gelten, weil sie unter Umständen zur Vollendung gelangte, unter denen ihr Empfänger sie als eine trotzdem für ihn nicht existierende behandeln darf. Die rechtliche Vollendung meiner mündlichen Erklärung an einen mir gegenüber stehenden oder sitzenden Menschen wird nicht dadurch vereitelt, daß er durch seine ver-

Digitized by Google

ſchuldete oder unverſchuldete Unaufmerkſamkeit ſie nicht oder nicht richtig hört oder verſteht, und Aufmerkſamkeit auf ſeine Worte und ihren Sinn darf ſowohl der plaidierende Rechtsanwalt vom Richter als der Prediger vom Kirchenbeſucher erwarten. Private Willenserklärungen an den Richter oder einen Kirchenbeſucher gehören aber nicht in das Plaidoyer und die Predigt. Sie erfolgen nicht nur, damit der Empfänger ſie momentan vernehme, ſondern auch damit er ſie ſich merke; erfolgen ſie aber unter ſolchen Umſtänden, ſo darf von ihrem Empfänger, wenngleich er ſie vernommen und verſtanden hat, nicht erwartet werden, daß er ſie ſich merke; vielmehr iſt er durchaus berechtigt, ſie ſich aus dem Sinn zu ſchlagen und als nicht ergangen zu erachten. Gereichen ſie zu ſeinen Gunſten, ſo iſt er nicht gehindert, ſie geltend zu machen. Gereichen ſie ſowohl zu ſeinen Gunſten als zu ſeinen Ungunſten, wie z. B. Kündigungen, ſo hat durch ihre unpaſſende Vollziehung ihr Urheber ſich in die Lage gebracht, daß ihr Empfänger die Wahl hat, ob er ſie geltendmachen und gelten laſſen oder nicht geltendmachen und gelten laſſen will. Davon ſteht nichts im Geſetze. Im Geſetze ſteht aber auch weder, wann eine Willenserklärung ergangen, noch wann ſie ihrem Empfänger zugegangen iſt. Den Begriff der zugegangenen Erklärung hat das BGB. zu einem Rechtsbegriff erhoben, aber nicht beſtimmt. Im Gegenſatze zu ſolchen Rechtsbegriffen, die zwar aus der Sitte des Verkehres ſtammen, aber durch das Geſetz eine genauere Beſtimmung erfahren haben, hat jener Begriff keine geſetzliche Beſtimmung erfahren. Im Rechtsſinn zugegangen iſt alſo die Erklärung, die nach dem Sprachgebrauch des Lebens und der Sitte des Verkehres als zugegangen anzuſehen iſt. Dieſer Ausdruck hat aber gleich der Bezeichnung des Empfangs der Erklärung eine weitere und eine engere Bedeutung, und wenn die Erklärung nach § 130 in dem Zeitpunkte wirkſam wird, in welchem ſie ihrem Empfänger zugeht, ſo iſt nicht ausgeſchloſſen, daß es für verſchiedene Arten ihrer Wirkſamkeit auf ihre Eigenſchaft als einer teils im weiteren, teils im engeren Sinne zugegangenen ankommt.

Die Wirkſamkeit einer Erklärung beſteht darin, daß einesteils

Digitized by Google

ihr Urheber, anderenteils ihr Empfänger sie geltendmachen kann. Gereicht sie ausschließlich zugunsten des einen oder des anderen, so kommt nur ihre Geltendmachung durch diesen in Frage. Ihr Empfänger kann sie tatsächlich nicht geltend machen, solange er nichts von ihr weiß. Als eine solche, die er geltendmachen kann, ist sie ihm daher auch nicht früher zugegangen. Wird er doch selbst die Frage, ob ihm ein bestimmter Vertragsantrag zugegangen sei, unbedenklich verneinen, solange er von dem ihm gestellten Antrage nichts weiß. Tritt diese seine Kenntnis ein, so kann er ein Interesse daran haben, daß der Antrag als ein solcher gelte, der ihm schon früher zugegangen ist. Dieses Interesse ist aber einem inzwischen ihm zugegangenen Widerrufe desselben gegenüber kein berechtigtes. Er kann auch nicht den Antrag als einen ihm zugegangenen annehmen, wenn er die dadurch, daß er im weiteren Sinn des Wortes ihm zugegangen ist, gegebene Gelegenheit der Kenntnisnahme zerstört hat und dann durch einen Zufall doch zur Kenntnis des Antrags gelangt ist. Nehmen wir an, daß von zwei früheren Freunden, die sich miteinander verfeindet haben, der eine dem anderen, dessen Freundschaft er wiedergewinnen will, einen diesem sehr vorteilhaften Antrag macht. Dieser will mit jenem nichts mehr zu schaffen haben und zerreißt dessen Brief ungelesen. Gleich nachher erzählt ihm ein Dritter, dem jener den von ihm getanen Schritt anvertraut hat, den Inhalt des Briefs, und er nimmt nun den Antrag an. Muß der Antragsteller, wenn er den Sachverhalt erfährt, diese Annahme gelten lassen? Dies trifft nicht zu. Der Antrag war ein brieflicher. Hätte der andere von ihm durch die Mitteilung des Dritten schon vor dem Empfang des Briefes erfahren, so hätte er ihn doch nicht annehmen können vor dem Empfang des Briefes, den ja der Antragsteller vielleicht noch hätte vereiteln oder durch nachgesandtes Telegramm unwirksam machen können. Ebenso wenig kann er ihn annehmen nach dem Verlust oder Untergang des von ihm nicht gelesenen Briefs. Die briefliche Erklärung ist ihm als eine solche, die ihr Urheber geltendmachen kann, zugegangen, sobald der Brief so zu seiner Verfügung stand,

Digitized by Google

daß er Gelegenheit hatte oder nur wegen eines dem Gebiete seines Lebens angehörenden Grundes nicht hatte, von seinem Inhalt Kenntnis zu nehmen. Wäre der Brief für ihn so beschaffen gewesen, daß nicht nur er ihn nicht lesen oder verstehen konnte, sondern auch der Urheber der Erklärung die Erwartung, er werde ihn lesen und verstehen können, nicht hegen durfte, so wäre er ihm auch im weiteren Sinne des Wortes nicht zugegangen. Im engeren Sinn ist ihm die Erklärung zugegangen, wenn sie zu seiner Kenntnis gelangt ist infolge der Gelegenheit zu ihrer Kenntnisnahme, die ihm dadurch gegeben war, daß ihm die Erklärung im weiteren Sinne zugegangen ist.

Unsere Annahme einer doppelten Bedeutung des Zugehens und der durch dieses gegebenen Wirksamkeit der Erklärung ist ohne Anhalt in den Worten des Gesetzes. Sie ist aber erfordert durch „Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte". Gewiß glaubt jeder nach der Sitte unseres Verkehrs sich berechtigt, wie er auch in bestimmten Fällen durch ausdrückliche Bestimmung der Postordnung dazu berechtigt ist, Schriftstücke, die er schon zur Verfügung anderer gestellt hat, dieser, solange sie nicht erfolgt ist, wieder zu entziehen, sowie Erklärungen, die er an einem bestimmten Orte angebracht hat, damit andere dort von ihnen Kenntnis nehmen, mit der Wirkung zu entfernen, daß sie solchen Personen nicht zugegangen sind, die noch nicht Kenntnis von ihnen genommen haben. Und ebenso gewiß ist es gegen Treu und Glauben, daß, wenn ich zu Hause einen Brief und ein Telegramm vorfinde und natürlich zuerst das Telegramm lese, ich die durch dieses widerrufene briefliche Erklärung soll geltendmachen können, weil der Brief vor dem Telegramm in meine Wohnung gelangt ist.

Das BGB. bestimmt das Erfordernis des Zugehens nur für Erklärungen an einen anderen, die in dessen Abwesenheit abgegeben werden. Es ist aber einmal die Bezeichnung des Empfängers der Erklärung als eines Abwesenden sehr wenig genau. Er kann im Fall einer telephonischen Erklärung weit entfernt sein, ohne ein Abwesender im Sinne des Gesetzes zu sein. Und er kann ein

Digitized by Google

solcher sein, obgleich er sich in demselben Zimmer mit dem Urheber der Erklärung befindet. Sind beide nicht derselben Sprache mächtig und bedienen sie sich eines Dolmetschers, der die Erklärung des einen dem anderen in dessen Sprache mitteilt, so ist sie durch die Worte ihres Urhebers vollzogen und durch die Worte des Dolmetschers dem anderen zugegangen. Im Fall der mündlichen Erklärung von Person zu Person ist zwar die Erklärung ihrem Empfänger im weiteren Sinn durch ihre Abgabe zugegangen, weil er schon durch jene ohne eine weitere durch ihren Urheber veranlaßte Übermittlungstätigkeit Gelegenheit erhält, von ihr Kenntnis zu nehmen. Aber auch hier ist sie ihm nicht schon durch ihre Abgabe im engeren Sinne zugegangen. Hat er sie nicht vernommen oder verstanden, so kann er sie nicht geltendmachen, und seine Bitte an den anderen um Mitteilung des Inhalts der abgegebenen Erklärung ist eine Bitte um ihre Wiederholung, anstatt deren nun eine andere oder gar keine Erklärung abzugeben dem anderen freisteht.

Die Verschiedenheit der abgegebenen und der teils im weiteren, teils im engeren Sinne zugegangenen Erklärung beschränkt sich trotz § 130 BGB. nicht auf „eine Willenserklärung, die einem anderen gegenüber abzugeben ist". Sie spielt auch eine Rolle bei öffentlichen Bekanntmachungen. Wer zu einer solchen schreitet, hat seine Erklärung schon durch die Anordnung der Veröffentlichung vollzogen. Durch die Veröffentlichung wird die Erklärung als seine Erklärung wirksam, wenngleich er inzwischen gestorben oder geschäftsunfähig geworden ist. Vor der erfolgten Veröffentlichung hat sie keine Wirksamkeit. Die Menschen, die sie als eine bereits abgegebene kennen, der Bote, durch den sie an die Expedition der Zeitung, durch die sie veröffentlicht werden soll, überschickt wurde, die bei der Expedition und dem Drucke der Zeitung beschäftigten Personen usw. können sie nicht ihrem Urheber gegenüber geltendmachen, ehe die Zeitung als eine sie enthaltende ausgegeben ist. Ist es ihrem Urheber gelungen, zwar nicht die bereits gedruckte Erklärung aus der Zeitung zu entfernen, aber in die gleiche Nummer eine sie widerrufende Erklärung einzurücken, so greift § 130 II, 1

Digitized by Google

Platz. Ist die Zeitung ausgegeben, so ist die Bekanntmachung wirksam geworden, soweit ihr als solcher Wirksamkeit zugunsten ihres Urhebers zukommt; denn die Erklärung ist damit allgemein zugänglich geworden. Sie ihrem Urheber gegenüber geltendmachen kann jeder, der von der veröffentlichten Erklärung erfährt, sei es durch die bestimmte Zeitung oder auf andere Weise; denn die Veröffentlichung durch eine Zeitung bezweckt die Kenntnis nicht nur ihrer Leser, sondern ebenso anderer auf irgend eine Weise ihren Inhalt erfahrender Menschen. Wie aber auch hier tatsächlich ausgeschlossen ist die Geltendmachung der Erklärung, der nichts von ihr erfahren hat, so ist auch hier im Fall eines Widerrufs, der erst nach der widerrufenen Erklärung in der Zeitung erschienen ist, nicht abzusehen, warum dem Urheber der Erklärung gegenüber ihre frühere Veröffentlichung sollte geltendmachen können, wer von dieser erst erfahren hat, als der später veröffentlichte Widerruf schon zu seiner Kenntnis gelangt war. Natürlich bedarf überall, wo eine Erklärung zu bestimmter Zeit zugänglich geworden war, die Behauptung ihrer erst später erfolgten Kenntnisnahme im Falle der Bestreitung des Beweises.

Hätten die Verfasser des Gesetzbuchs die Wirksamkeit der ihrem Empfänger zugegangenen, aber nicht zu seiner Kenntnis gelangten Erklärung klar erkannt als einen Fall der Gleichstellung der unter bestimmten Umständen platzgreifenden Unkenntnis mit der Kenntnis, so hätten sie in manchen Fällen, in denen sie nur die fahrlässige Unkenntnis der Kenntnis gleichgestellt haben, diese Gleichstellung vielmehr, wie im Falle der zugegangenen Willenserklärung, für jede Unkenntnis ausgesprochen, deren Grund dem Lebensgebiete des mit ihr behafteten angehört. Darauf näher einzugehen wäre nur fruchtbar auf Grund einer Untersuchung darüber, inwieweit und in welchen verschiedenen Abstufungen in verschiedenen Fällen der Kenntnis eines Umstandes seine Unkenntnis gleichgestellt zu werden verdient. Ohne dieses umfassende Problem hier behandeln zu können, hofft der Verfasser doch erwiesen zu haben, daß die Wirksamkeit der ihrem Empfänger zugegangenen, aber nicht zu seiner Kenntnis gelangten

Digitized by Google

Erklärung ein Fall solcher Gleichstellung ist, bezüglich dessen zu unterscheiden ist die Möglichkeit der Geltendmachung der Erklärung durch ihren Urheber und durch ihren Empfänger, wobei sich von selbst versteht, daß ihre durch ihren Urheber erfolgte Geltendmachung ihr Geltung auch zugunsten ihres Empfängers verleiht, soweit ihr Inhalt diesem zugute kommt. Der Verfasser hat schon in seinem Kommentar zum allgemeinen Teil des BGB. (S. 293) das Bedürfnis dieser Unterscheidung betont. Er hat aber damals noch nicht gewagt, sie als eine zu Recht bestehende anzusehen. Immer mehr befestigt sich in ihm die Überzeugung, daß die Auslegung des Gesetzes vor allem zu erfolgen hat in dem Sinne, der dem Bedürfnisse des Lebens am meisten gemäß ist. Er glaubt darin einig zu sein mit dem verehrten Kollegen, dem zu seinem Jubelfeste diese Zeilen gewidmet sind, die in keiner Weise abschließend sein können und wollen, aber doch die von ihnen behandelten Fragen etwas gefördert zu haben hoffen.

Digitized by Google

Grenzen
der
Urteilsrechtskraft
bei betagter und bedingter Berechtigung.

Ein Beitrag zur Lehre von der Rechtsnachfolge.

Von

Emil Strohal.

Digitized by Google

Nach Abs. 1 von § 325 CPO. wirkt das rechtskräftige Urteil nicht nur für und gegen die Parteien, sondern auch für und gegen „diejenigen Personen, welche nach dem Eintritte der Rechtshängigkeit Rechtsnachfolger der Parteien geworden sind[1])".

Der Begriff des Rechtsnachfolgers (der Rechtsnachfolge) wird in Gesetzgebung und Wissenschaft bekanntlich in einem engeren und in einem weiteren Sinne verwendet. Rechtsnachfolger in jenem Sinne ist nur derjenige, welcher an Stelle des bisher Berechtigten in dessen Rechtsstellung eintritt; als Rechtsnachfolger im weiteren Sinne wird dagegen jeder bezeichnet, der seine Rechtsstellung von dem Rechte eines Anderen ableitet.

Daß der Ausdruck „Rechtsnachfolger" im § 325 CPO. in dem soeben bezeichneten weiteren Sinne zu verstehen ist, darf als sicher gelten und ist auch völlig unbestritten. Vgl. Gaupp-Stein, Kommentar zur CPO. I Erl. III zu § 325; Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft S. 94, 95 und Lehrbuch des Civilprozeßrechts I S. 273 ff.

Erhebliche Zweifel ergeben sich jedoch rücksichtlich der Frage, wie es sich mit der Rechtsnachfolge und daher auch mit der Anwendung des § 325 CPO. in den Fällen betagter und bedingter Berechtigung verhält. Die Frage zerfällt wieder in zwei Unterfragen. Denn es ist klar, daß hierbei die Fälle der aufschiebenden

[1]) Die sich hieran unmittelbar anschließende schwierige und hinsichtlich ihrer praktischen Ziele m. E. noch immer nicht vollständig aufgeklärte Bestimmung des § 325 Abs. 1, daß das rechtskräftige Urteil auch für und gegen die Personen wirkt, welche den Besitz der in Streit befangenen Sache in solcher Weise erlangt haben, daß eine der Parteien oder ihr Rechtsnachfolger mittelbarer Besitzer geworden ist, bleibt in der vorliegenden Untersuchung außer Betracht.

Digitized by Google

Befristung und Bedingung einerseits und die der auflösenden Befristung und Bedingung anderseits auseinandergehalten werden müssen.

A. Rechtsnachfolge bei aufschiebend betagter oder bedingter Berechtigung.

I. Das Problem, mit welchem sich die nachfolgende Untersuchung beschäftigt, ist kein neues, sondern ein schon längst gestelltes und wird von den meisten für bereits erledigt gehalten. Es spitzt sich auf die Frage nach dem Zeitpunkte zu, mit welchem sich die Rechtsnachfolge vollzieht, wenn jemand sein Recht einem Anderen unter Beifügung einer aufschiebenden Befristung oder Bedingung überträgt, oder wenn er innerhalb des Rahmens seines Rechtes einem Anderen in gleicher Weise ein Recht bestellt[2]).

Eine zweifache Auffassung erscheint zunächst als möglich: Man kann entweder sagen, der Andere werde Rechtsnachfolger des Übertragenden (Bestellers) erst mit dem Eintritte des Anfangstermins, mit der Erfüllung der aufschiebenden Bedingung. Hieraus würde offenbar zu schließen sein, daß das in einem zwischen dem Übertragenden (Besteller) und einem Dritten in Ansehung des in Frage kommenden Rechtes geführten Prozesse ergangene rechtskräftige Urteil dann noch Rechtskraft für und gegen den Anderen herstelle, wenn die Streitsache zwar nach der Vornahme des Übertragungs-, Bestellungsgeschäftes, aber doch noch vor dem Eintritte des Anfangstermins, der Erfüllung der aufschiebenden Bedingung rechtshängig geworden ist. Es kann aber auch die Meinung vertreten werden, daß die Rechtsnachfolge des Anderen nicht erst mit dem Eintritte des Anfangstermins, der Erfüllung der Bedingung, sondern bereits mit der Vornahme des Ver-

[2]) Nicht hierher gehören dagegen die Fälle, in denen ein obligatorischer Vertrag unter Beifügung einer Zeitbestimmung oder einer Bedingung abgeschlossen worden ist; denn bei ihnen kann die Frage des Textes überhaupt nicht aufgeworfen werden.

Digitized by Google

fügungsgeschäftes stattfinde. Nach Maßgabe dieser Auffassung würde das unter den vorhin bezeichneten Umständen ergangene rechtskräftige Urteil für und gegen den Anderen nicht mehr wirken, da dessen Rechtsstellung nicht auf einer nach der Rechtshängigkeit eingetretenen Rechtsnachfolge beruht.

II. Aus den Materialien zum BGB. ergibt sich für unser Thema folgende Ausbeute: Der I. Entwurf des BGB. enthielt im § 192 eine dem jetzigen § 325 CPO. entsprechende und mit diesem hinsichtlich des hier in Betracht kommendes Punktes fast wörtlich übereinstimmende Vorschrift. Aus den Mitteilungen Plancks im Kommentar Bd. I (3. Aufl.) S. 45 ist zu entnehmen, daß die erste Kommission in Erwägung zog, ob die Anwendung des § 192 I. E. auf den Fall einer vor der Rechtshängigkeit mit Beifügung einer aufschiebenden Befristung oder Bedingung erfolgten Rechtsübertragung oder Rechtsbestellung nicht durch besondere Vorschrift schlechthin (und somit ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt des Eintrittes des Anfangstermins, der Erfüllung der Bedingung) ausgeschlossen werden solle. Ein darauf gerichteter Antrag[8]) ist jedoch

[8]) Laut der metallographierten Protokolle der ersten Kommission S. 425/6. 430/2 waren zwei Anträge gestellt worden. Der erste lautete in dem hier interessierenden Punkte also: „Wenn die Rechtsnachfolge zwar erst nach der Rechtshängigkeit eingetreten ist, aber auf einem Rechtsgeschäft beruhte, durch welches der Rechtsvorgänger in solcher Art gebunden war, daß eine von ihm vorgenommene Veräußerung beim Eintritte der Rechtsnachfolge dem Rechtsnachfolger gegenüber unwirksam war, so wirkt das Urteil gegen den Rechtsnachfolger nur dann, wenn derselbe dem Rechtsstreit als Nebenintervenient beigetreten oder von der Gegenpartei zu dem für die mündliche Verhandlung bestimmten Termin geladen war." Dieser Antrag wurde jedoch später zurückgezogen und durch folgenden von der Mehrheit der Kommission abgelehnten ersetzt: „Gegen Dritte, denen gegenüber eine Veräußerung der Partei unwirksam sein würde, wirkt das gegen die Partei ergangene Urteil nicht. Die Bestimmung des letzten Absatzes findet keine Anwendung, wenn der Dritte von der Gegenpartei zu dem für die mündliche Verhandlung bestimmten Termin geladen war." Beide Anträge gehen von der Voraussetzung aus, daß die Rechtsnachfolge in den hier in Frage kommenden Fällen erst nach der Rechtshängigkeit eintrete. Der erste von ihnen spricht das sogar ausdrücklich aus, während der zweite dieselbe Auffassung erkennbar durchblicken läßt, und beide Anträge wollten daher auch das von ihnen erstrebte Ziel durch eine Ausnahmebestimmung erreichen.

Digitized by Google

mit der von der Mehrheit der ersten Kommission für durchschlagend gehaltenen Begründung abgelehnt worden, daß der Entwurf die Prozeßführung nicht als Verfügung auffasse, daß daher § 135 (vgl. auch § 142) des (I.) Entwurfs (entsprechend dem § 161 bezw. § 163 BGB.) auf die Prozeßführung keine Anwendung finde und daß der unter einer aufschiebenden Befristung oder Bedingung Berechtigte somit die Prozeßführung desjenigen, welcher bis zum Eintritte des Anfangstermins, der Bedingung, noch der Berechtigte ist, und deren Ergebnis gegen sich gelten lassen müsse.

Mit Rücksicht auf diesen von der ersten Kommission eingenommenen Standpunkt sprechen sich die Motive I S. 378, 379 für die gleiche Entscheidung aus. Zu anderer Lösung gelangen jedoch die Motive V S. 118, wo in freilich nicht ganz klarer Ausführung die Annahme einer erst mit dem Eintritte des Anfangstermins, der Erfüllung der aufschiebenden Bedingung sich vollziehenden Rechtsnachfolge in das Recht des bisher Berechtigten deshalb abgelehnt wird, weil „der Grund des späteren Erwerbs durch das bedingte (betagte) Rechtsgeschäft bereits in unverrückbarer Weise gelegt ist".

III. Literarisch sind unserer Frage bisher nur Planck I (3. Aufl.) S. 44. 45. 280, Hellwig an den bereits a. O. und in allerjüngster Zeit auch Walsmann, Die streitgenössische Nebenintervention (1905), näher getreten[4]). Die beiden zuerst genannten Schriftsteller erachten es für zweifellos, daß die Rechtsnachfolge des Anderen in den uns hier beschäftigenden Fällen erst mit dem Eintritte des Anfangstermins, der aufschiebenden Bedingung und somit nach der Rechtshängigkeit stattfinde[5]), und halten damit zugleich die Voraussetzungen für das Eingreifen des § 325 Abs. 1 CPO. für gegeben.

[4]) Die Schrift von Leffing, Begriff der Rechtsnachfolge (1903), nimmt zur Frage keine klare Stellung, von Schwerin, Über den Begriff der Rechtsnachfolge (1905) S. 84. 85, schließt sich mit kurzen Worten der herrschenden Lehre an.

[5]) Diese Auffassung scheint auch von R. Leonhard, Allgemeiner Teil des BGB. S. 404 Anm. 4 geteilt zu werden.

Digitized by Google

Planck macht sich zwar in seiner Darlegung selbst den Einwurf, ob nach Grund und Zweck „der fraglichen Vorschrift" (damit ist wohl § 325 Abs. 1 CPO. gemeint) nicht eine einschränkende, Fälle unserer Art ausschließende Auslegung gerechtfertigt sein würde[6]); allein er glaubt, dies mit Rücksicht auf die ablehnende Haltung der ersten Kommission gegenüber den gestellten Abänderungsanträgen und die dabei geltend gemachten Gründe nicht weiter verfolgen zu sollen. Auch hier soll dieses Bedenken nicht mehr aufgegriffen, sondern nach wesentlich anderer Richtung hin eine Überprüfung der bisher zur überwiegenden Geltung gelangten Meinung versucht werden. Hierbei wird auch die neue und eigenartige Auffassung Walsmanns zu berücksichtigen sein.

IV. Nach § 158 BGB. „tritt" im Falle eines aufschiebend bedingten Rechtsgeschäftes „die von der Bedingung abhängig gemachte Wirkung mit dem Eintritte der Bedingung ein". Das Gesetz stellt sich hierdurch mit Recht in unzweideutigen Gegensatz zu dem in der gemeinrechtlichen Doktrin noch um die Mitte des vorigen Jahrhunderts fast allgemein anerkannten und erst seitdem mit Erfolg bekämpften[7]) und allmählich überwundenen Dogma von der rückwirkenden Kraft der erfüllten aufschiebenden Bedingung[8]). Nach dieser Theorie war z. B. die aus einer aufschiebend bedingten Eigentumstradition sich ergebende Rechtslage nach Erfüllung der Bedingung so zu beurteilen, wie wenn der Traditionsempfänger „gleich von Anfang an (d. h. von der Vornahme der bedingten Tradition an) Eigentümer gewesen wäre"[9]). Nach dem berufenen

[6]) Vgl. aber doch auch R. Leonhard a. a. O., der ohne Anhalt im Gesetz und in den von ihm mit Unrecht angerufenen Motiven I S. 282 und im Gegensatz nicht nur zur früher erwähnten Auffassung der ersten Kommission, sondern auch zur gemeinen Lehre das gegen den bisher Berechtigten über den in Frage stehenden Gegenstand ergangene rechtskräftige Urteil einer von jenem über den Gegenstand getroffenen Verfügung gleichstellt.

[7]) Besonderen Einfluß gewann hierbei die Schrift Windscheids, Wirkung der erfüllten Bedingung (1851), jetzt wieder abgedruckt in Windscheids Gesammelten Reden und Abhandlungen (1904) S. 127 ff.

[8]) Vgl. hierzu den eingehenden Bericht über die Entwickelung der Lehre bei Windscheid-Kipp, Pandekten I § 91 Anm. 1.

[9]) Vgl. Sell, Über bedingte Traditionen (1839) S. 100 ff.; Savigny,

Digitized by Google

§ 158 BGB. verhält sich dies offenbar anders. Ihm zufolge wird in unserem Falle durch die Erfüllung der Bedingung nicht nach rückwärts hin entschieden, daß der Traditionsempfänger schon zur Zeit der Vornahme des Traditionsgeschäftes Eigentümer war, sondern nur bewirkt, daß er nunmehr Eigentümer wird.

Man hat aber nun geglaubt, hierüber noch hinausgehen und in der Entscheidung des § 158 Abs. 1 zugleich auch eine gesetzliche Festlegung des Zeitpunktes erblicken zu dürfen, mit welchem sich die Rechtsnachfolge des bedingt Berechtigten vollzieht. Ja, es wird sich sogar nicht leugnen lassen, daß diese Auffassung den Schein der Richtigkeit zunächst für sich hat. Denn wenn der Traditionsempfänger in unserem Falle erst mit der Erfüllung der Bedingung Eigentümer wird, und somit durch die Erfüllung der Bedingung daran, daß der Tradent bis dahin Eigentümer geblieben ist, nichts geändert wird, so scheint in der Tat der Eintritt der Rechtsnachfolge des Erwerbers auf einen anderen Zeitpunkt als den der Erfüllung der Bedingung nicht gelegt werden zu können. Dieser Schein dürfte sich jedoch als ein trügerischer erweisen.

Abs. 1 von § 158 BGB. will in bezug auf die uns hier beschäftigenden Fälle[10]) offenbar nicht mehr sagen, als daß ein unter einer aufschiebenden Bedingung vorgenommenes Verfügungsgeschäft mit Notwendigkeit eine auf den Zeitpunkt der Erfüllung der Bedingung gestellte Befristung in sich enthält[11]). Das Gesetz bringt

System III S. 151: Jhering in der 1847 erschienenen Rezension von Sells Buche, wieder abgedruckt in den Vermischten Schriften (1879) S. 82; Unger, System des österr. Privatrechts II S. 75. Vgl. übrigens auch noch Dernburg, Pandekten I § 111 Anm. 5.

[10]) Vgl. oben Anm. 2.

[11]) Es handelt sich dabei also nicht um eine Dispositivvorschrift, sondern um ius cogens. Demgemäß kann also z. B. bei bedingter Bestellung eines Nießbrauchs nicht mit dinglicher Wirkung bestimmt werden, es solle durch die Erfüllung der Bedingung nach rückwärts hin entschieden werden, daß die Früchte der Zwischenzeit Eigentum des Nießbrauchers geworden seien. Wohl aber kann der ökonomische Erfolg der Rückwirkung auf dem Wege eines obligatorischen Vertrags erreicht werden (§ 159 BGB.). Vgl. dazu mein Erbrecht (3. Aufl.) I S. 188 Anm. 53 und Ennecceruś, Lehrbuch des bürg. R. (3. Aufl.) I S. 464.

Digitized by Google

dies deutlich dadurch zum Ausdruck, daß es im § 163 die entsprechende Anwendung der für die aufschiebende Bedingung geltenden Vorschriften der §§ 158, 160, 161 auf Rechtsgeschäfte, bei deren Vornahme ein Anfangstermin bestimmt worden ist, anordnet. Die entsprechende Anwendung des § 158 Abs. 1 auf eine mit Beifügung eines Anfangstermins vorgenommene Rechtsübertragung oder Rechtsbestellung aber führt zu dem Ergebnis, daß die auf den Anfangstermin gestellte Rechtswirkung bis zu dessen Eintritt aufgeschoben bleibt. Hiermit ist freilich noch nicht viel gewonnen. Denn wer in den Fällen der aufschiebend bedingten Rechtsübertragung oder Rechtsbestellung den Eintritt der Rechtsnachfolge auf die Erfüllung der Bedingung verlegt, wird bei der Beurteilung von Fällen, in denen die betreffenden Rechtsgeschäfte mit Beifügung einer aufschiebenden Befristung vorgenommen werden, nicht umhin können, die Rechtsnachfolge des Erwerbers erst mit dem Anfangstermin eintreten zu lassen. Allein gerade hierdurch ist der Punkt gegeben, bei welchem eine überprüfende Untersuchung am besten einsetzt.

V. Die Erörterung soll also vorläufig auf die Frage beschränkt werden, wann der Erwerber im Falle einer mit Beifügung eines reinen Anfangstermins[12]) vorgenommenen Rechtsübertragung oder einer im Rahmen des Rechtes des Bestellers in gleicher Weise vorgenommenen Rechtsbestellung Rechtsnachfolger des Übertragenden, Bestellenden im Sinne des § 325 Abs. 1 CPO. wird?

1. Der Entscheidung, daß der in Frage stehende Zeitpunkt begriffsnotwendig mit dem Eintritte des Termins zusammenfalle, stellen sich bereits Bedenken entgegen, wenn man sich konkrete Fälle einer mit Beifügung einer aufschiebenden Befristung vorgenommenen Rechtsübertragung vergegenwärtigt. Es mag dabei insbesondere an die mit solcher Beifügung nach Maßgabe von § 873 BGB. erfolgende Übertragung einer sogenannten subjektiv-persönlichen (d. h. nicht mit dem Eigentum an einem Grundstück verbundenen)

[12]) Also eines solchen, der eine Bedingung nicht in sich enthält.

Digitized by Google

Reallastberechtigung erinnert werden. Hier ist doch wohl folgendes klar: Vor der Übertragung hatte der bisherige Reallastberechtigte in Ansehung der künftig einmal fällig werdenden Leistungen nichts weiter als eine rechtlich gesicherte Anwartschaft. Infolge der mit Beifügung eines Anfangstermins vorgenommenen Übertragung wird aber diese Anwartschaft rücksichtlich der nach dem Termin fällig werdenden Leistungen sofort dem Erwerber übertragen, und scheidet sie somit auch aus dem Rechte des Übertragenden sofort aus. Daß es sich so verhält, wird noch durch folgenden Umstand bestätigt. Der Übertragende kann zweifellos nach der in der angegebenen Weise vorgenommenen Übertragung dasjenige Maß von Recht, welches ihm hinsichtlich der Reallast noch zusteht, nach § 875 BGB. aufgeben und zur grundbücherlichen Löschung bringen. Hierdurch wird selbstverständlich an der Rechtsstellung des Erwerbers nicht das geringste geändert; denn diese ist von den weiteren Schicksalen, welche der beim Übertragenden verbliebene Rest von Rechtsmacht erfährt, ganz unabhängig, sie führt schon vom Zeitpunkte der mit Beifügung des Anfangstermins vorgenommenen Rechtsübertragung ihr selbständiges rechtliches Leben. Unabweisbar dürfte daher auch der Schluß sein, daß der Erwerber schon mit diesem Zeitpunkte Rechtsnachfolger des Übertragenden geworden ist und es also nicht erst mit dem Eintritte des Anfangstermins wird.

2. Das unter Z. 1 für einen Einzelfall gewonnene Ergebnis drängt zu weiteren Schlüssen. Denn wenn es überhaupt richtig ist, so muß es auf einer prinzipiellen Grundlage beruhen, wobei vorläufig noch ungewiß bleibt, wie diese zu begrenzen ist. So könnte man vielleicht zur Annahme geneigt sein, daß die Frage nach dem Zeitpunkte der Rechtsnachfolge nicht für alle Fälle der unter Beifügung eines Anfangstermins erfolgenden Rechtsübertragungen und Rechtsbestellungen gleichmäßig beantwortet werden dürfe, und daß, was in dieser Beziehung vielleicht zutreffe, wenn eine Reallastberechtigung oder ein Rentenrecht[18]) den Gegenstand der Über-

[18]) Man denke vor allem an eine Rentenschuldberechtigung nach §§ 1199 BGB.

Digitized by Google

tragung bilde, in zahlreichen anderen Fällen, z. B. bei der mit Beifügung eines Anfangstermins erfolgenden Eigentumsübertragung an einer beweglichen Sache[14]) oder bei der in solcher Weise stattfindenden Bestellung eines Erbbaurechtes[15]), eines Pfandrechtes, einer Hypothek nicht gelten könne.

Was speziell die mit Beifügung eines Anfangstermins vorgenommene Eigentumsübertragung (an einer beweglichen Sache) betrifft, so kann in der Tat gar nicht bezweifelt werden, daß der Erwerber bis zum Eintritte des Termins Eigentümer noch nicht ist. Wie soll damit verträglich sein, daß die Rechtsnachfolge des Erwerbers doch schon mit der Vornahme des Übertragungsgeschäftes eintritt? Demgegenüber ist vor allem daran zu erinnern, daß sich § 325 Abs. 1 CPO. auf die Rechtsnachfolge im weiteren Sinne, d. h. auf alle Fälle des abgeleiteten Erwerbs bezieht. Die für die Beurteilung unseres Falles entscheidende Frage muß somit dahin gestellt werden, ob der vom Traditionsempfänger gemachte abgeleitete Erwerb mit dem Zeitpunkte zusammenfällt, in welchem die Rechtsstellung des Erwerbes so beschaffen ist, daß man sie als Eigentum bezeichnen kann, oder ob nicht vielmehr diejenige Gestaltung, welche die Rechtsstellung des Traditionsempfängers mit dem Eintritte des Anfangstermins erfährt, lediglich eine Folge eines von ihm schon vorher im Zeitpunkte des Übertragungsgeschäftes bereits gemachten abgeleiteten Erwerbes ist? Diese Frage aber kann nur im Sinne der zweiten Alternative beantwortet werden.

Es ist unbestreitbar und unbestritten, daß sich der Traditionsempfänger schon mit dem Zeitpunkte des Traditionsgeschäftes in einer gesicherten, grundsätzlich[16]) vererblichen[17]) und übertragbaren

---

[14]) Die unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung erfolgende Auflassung eines Grundstücks ist bekanntlich unwirksam (§ 925 Abs. 2 BGB.).

[15]) Hierbei ist zu beachten, daß § 925 Abs. 2 auf die Bestellung des Erbbaurechtes (§ 1015 BGB.) keine Anwendung findet.

[16]) Soweit freilich das in Aussicht stehende Recht selbst unvererblich oder unter Lebenden unübertragbar ist, muß dasselbe auch für die Anwartschaft auf dieses Recht gelten.

[17]) Über die Stellung des römischen Rechtes zu diesem für das heutige

Digitized by Google

Rechtsstellung befindet. Ihm kommt vor allem die Vorschrift des § 161 BGB. zustatten, zufolge deren weitere Verfügungen, die der Tradent über die Sache nach der Tradition, aber noch vor dem Eintritte des dieser beigefügten Anfangstermins trifft, oder die in dieser Zwischenzeit im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter erfolgen, insoweit unwirksam sind, als sie das Ansreifen der Anwartschaft des Traditionsempfängers zu Eigentum vereiteln oder beeinträchtigen würden. Soweit aber eine solche Vereitelung oder Beeinträchtigung infolge des Eingreifens der Vorschriften über den Schutz des gutgläubigen Erwerbs (§ 161 Abs. 3) dennoch eintritt, findet zugunsten des Traditionsempfängers § 816 Abs. 1 BGB. Anwendung[18]). Wird endlich eine Vereitelung oder Beeinträchtigung der Anwartschaft des Traditionsempfängers durch Verschulden des Tradenten oder durch deliktisches Handeln eines Dritten herbeigeführt, so ist der Empfänger in jenem Falle nach § 160 und in diesem nach § 823 BGB. schadenersatzberechtigt[19]).

In analoger Weise bestimmt sich die Rechtsstellung desjenigen, welchem ein Recht mit Beifügung eines Anfangstermins übertragen oder bestellt worden ist, aber auch in allen anderen hier überhaupt in Frage kommenden Fällen.

Obschon dies alles durchaus bekannt und anerkannt ist, so hat man es aber bisher doch merkwürdigerweise versäumt, hieraus den ebenso naheliegenden als notwendigen Schluß zu ziehen, daß der Verfügungsempfänger schon dadurch, daß er mit der Vornahme des Verfügungsgeschäftes die vorhin bezeichnete anwartschaftliche Rechtsstellung erlangt, einen nach den Vorschriften über die Rechtsableitung zu beurteilenden und somit abgeleiteten Erwerb macht. Denn es unterliegt doch nicht dem geringsten Zweifel, daß es sich mit der

Recht in keiner Weise zweifelhaften Punkte vgl. Enneccerus, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin (1889) S. 468 ff.

[18]) Vgl. auch Endemann, Lehrbuch I (8. Aufl.) § 77 Anm. 20.

[19]) Vgl. auch Endemann a. a. O. § 77 bei Anm. 25; Enneccerus, Lehrbuch I § 186.

Digitized by Google

Abhängigkeit der auf Grund einer mit Beifügung eines Anfangstermins getroffenen Verfügung für den Verfügungsempfänger sich ergebenden Anwartschaft von dem Rechte des Verfügenden genau so verhält wie mit der Abhängigkeit des dem Verfügungsempfänger ohne beschränkende Beifügung übertragenen oder bestellten Rechtes von dem Rechte des Übertragenden, Bestellers. Soweit diese Abhängigkeit hier zur Geltung kommt, besteht sie auch dort, und soweit der Verfügungsempfänger im Falle der unbedingten und unbetagten Rechtsübertragung und Rechtsbestellung das in Frage kommende Recht von dem Rechte des Verfügenden ableitet, leitet er auch im Falle der mit Beifügung eines Anfangstermins getroffenen Verfügung von diesem Rechte seine rechtlich gesicherte Anwartschaft ab.

Das ist bisher übersehen oder doch nicht herausgestellt worden, und zwar, wie es scheint, infolge der Überschätzung des Begriffs des subjektiven Rechtes. Man hat in der Lehre von der Rechtsnachfolge fast ausnahmslos nur an die ausgewachsenen subjektiven Rechte (und Verpflichtungen) gedacht und dabei diejenigen Rechtsstellungen, Rechtspositionen, Rechtslagen, welchen man die Bezeichnung „subjektives Recht" noch nicht beizulegen pflegt, unberücksichtigt gelassen oder wenigstens unterschätzt[20]). Und doch ist klar, daß es für das Wesen des abgeleiteten Erwerbes nur darauf ankommt, ob jemand seine vorteilhafte Rechtsstellung von der Rechtsstellung eines Anderen ableitet, während es durchaus gleichgültig ist, welche Bezeichnung die herrschende juristische Terminologie für die in Frage kommende Rechtsstellung in Bereitschaft hält[21]).

[20]) Vgl. dazu mein Erbrecht I S. 16, ferner die Ausführungen Kohlers in dessen Lehrbuch des bürg. Rechts I S. 152 ff. über „Rechtslagen"; nach Kohlers Terminologie sind übrigens die uns hier beschäftigenden Anwartschaften bereits erheblich mehr als die bloßen „Rechtslagen".

[21]) Es fehlt übrigens nicht an Schriftstellern, die unserer Anwartschaft den Charakter eines subjektiven Rechtes ausdrücklich zusprechen. Vgl. Unger, System II S. 91 Anm. 7, der in dieser Beziehung von einem „festen und vererblichen Rechte auf die Erwerbung eines Rechtes" redet. Ähnlich Ennecerus, Lehrbuch I § 186 a. E., welcher in Anknüpfung an seine Ausführungen

Digitized by Google

Zur Verkennung des überaus einfachen juristischen Sachverhalts hat übrigens sehr erheblich auch der Umstand beigetragen, daß man im Kampfe gegen das Dogma von der rückwirkenden Kraft der erfüllten Bedingung zu einer Überspannung der rechtlichen Bedeutung des in der aufschiebenden Bedingung zugleich enthaltenen Anfangstermins gelangt ist und in dem Bemühen, diese Bedeutung mit tunlichster Schärfe herauszustellen[22]), sich des schon mit der Vornahme des Verfügungsgeschäftes zusammenfallenden abgeleiteten Erwerbes der Anwartschaft nicht bewußt geworden ist[23]).

Dazu kommt endlich noch, daß das ganze Problem durch das, was uns die Materialien zum BGB. über die einschlagenden Verhandlungen der ersten Kommission berichten, nicht nur nicht geklärt, sondern vielmehr verdunkelt worden ist. Denn man beruhigte sich nunmehr dabei, daß der Anwärter die Prozeßführung des bisher Berechtigten deshalb gegen sich gelten lassen müsse, weil sie — was

in dem Buche über das Rechtsgeschäft usw. S. 600 ff. den Ausdruck: „Erwerbsberechtigung" wählt. Bekker, Pandekten II S. 310 ff. bezeichnet die Rechtsstellung unseres Anwärters als „Vorrecht" im Gegensatze zu dem mit dem Eintritte des Anfangstermins zur Wirksamkeit gelangenden „Vollrecht".

[22]) Die ältere gemeinrechtliche Lehre, die sich noch bei Savigny, System III S. 210 findet, nahm bekanntlich an, daß der Verfügungsempfänger im Falle einer unter Beifügung eines reinen Anfangstermins erfolgenden Rechtsübertragung oder Rechtsbestellung das fragliche Recht selbst sofort erwerbe, und daß bis zum Eintritte des Termins nur die Ausübung des Rechtes aufgeschoben sei.

[23]) Am weitesten entfernt sich von der richtigen Auffassung Siméon, Das Wesen des befristeten Rechtsgeschäfts (1889) S. 93 ff. Er nimmt im Falle eines Verfügungsgeschäftes der im Texte vorausgesetzten Art lediglich „objektive Gebundenheit" des Gegenstandes der Verfügung an und leugnet hinsichtlich der Zeit vor dem Eintritte des Termins jeden wie immer gearteten Erwerb des Verfügungsempfängers. Den Beweis hierfür will er aus der nach Maßgabe der römischen Quellen in dem Falle, daß ein Sklave sub die manumittiert ist, sich ergebenden Rechtslage führen. Sicherlich können auch im heutigen Rechte verwandte Gestaltungen vorkommen; vgl. hierzu BGB. § 331 Abs. 2, 2101. Allein daraus, daß ein Erwerb dort ausgeschlossen ist, wo es an einem Rechtsträger fehlt, kann doch unmöglich geschlossen werden, daß die Erlangung der Anwartschaft durch einen bereits vorhandenen Rechtsträger für diesen keinen Erwerb bedeutet.

Digitized by Google

ja in der Tat zutrifft — keine Verfügung im Sinne des § 161 BGB. sei, und wurde durch dieses scheinbar schlagende Argument von der allein entscheidenden Frage nach dem Zeitpunkte des vom Anwärter gemachten abgeleiteten Erwerbes abgelenkt.

3. Bisher ist vorausgesetzt worden, daß die mit Beifügung eines Anfangstermins erfolgte Rechtsübertragung oder Rechtsbestellung vom Berechtigten ausgegangen ist. Die Verfügung kann aber auch von einem Unberechtigten getroffen worden sein[24]). Auf folgende Möglichkeiten mag besonders eingegangen werden:

a) Der Scheinerbe verfügt in Ansehung eines zu einem Nachlaß gehörenden Gegenstandes unter Beifügung eines Anfangstermins. Hier gestaltet sich die Rechtsstellung des Erwerbers, sofern dieser nur die Unrichtigkeit des Erbscheins nicht kennt und auch nicht weiß, daß das Nachlaßgericht die Rückgabe des Erbscheins wegen Unrichtigkeit verlangt hat, genau so, wie wenn die Verfügung vom wahren Erben getroffen worden wäre (vgl. §§ 2365—2367 BGB.). Der durch den öffentlichen Glauben des Erbscheins vermittelte Erwerb besteht also bei der vorausgesetzten Sachlage in der *Erlangung der Anwartschaft* auf dasjenige Recht, welches mit dem Eintritte des Anfangstermins zur Wirksamkeit gelangen soll. Dies ergibt sich mit voller Sicherheit aus den §§ 2366, 2367. Denn unter *eine* dieser Vorschriften fällt die durch den legitimierten Scheinerben erfolgende Einräumung der Anwartschaft auf einen zum Nachlaß gehörenden Gegenstand oder auf ein Recht an einem solchen Gegenstand jedenfalls. Erblickt man in dieser Anwartschaft bereits ein „Recht" im Sinne des § 2366, so greift dessen Bestimmung durch; glaubt man aber den Ausdruck „Recht" im § 2366 in einem engeren, unsere Anwartschaft nicht in sich begreifenden Sinne nehmen zu müssen, so stellt sich die Einräumung der Anwartschaft durch den Scheinerben als ein zwar nicht unter § 2366 fallendes, aber eben deshalb durch § 2367 getroffenes Verfügungsgeschäft[25]) in Ansehung eines zum

[24]) Dieser Punkt ist, so weit ich sehe, bisher noch niemals berührt worden.

[25]) Über das Verhältnis des § 2366 zu § 2367 vgl. *mein* Erbrecht II S. 166.

Digitized by Google

Nachlaß gehörenden Gegenstandes dar. Zwingend ist daher auch der weitere Schluß, daß die in den §§ 2366, 2367 geforderten Schutzvoraussetzungen nur zu der Zeit, in welcher die Erlangung der Anwartschaft zur Perfektion gelangen soll, vorhanden zu sein brauchen, und daß es dem rücksichtlich der Anwartschaft durch den öffentlichen Glauben des Erbscheins geschützten Erwerber nicht mehr schaden kann, wenn er nach dem Erwerbe der Anwartschaft, aber noch vor dem Eintritte des Anfangstermins von der Unrichtigkeit des Erbscheins oder von dem auf Rückgabe des Erbscheins gerichteten Verlangen des Nachlaßgerichts Kenntnis erlangt.

Dies ist aber wieder für die Lösung der uns beschäftigenden Hauptfrage von entscheidender Bedeutung. Die kraft des öffentlichen Glaubens des Erbscheins zugunsten des Erwerbers eintretende Wirkung kann nämlich selbstverständlich nicht stärker sein als diejenige, welche sich an eine vom wahren Erben vorgenommene Verfügung gleichen Inhalts knüpft. Behandelt das Gesetz daher in jenem Falle schon die Erlangung der Anwartschaft als einen den „Vorschriften zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten", unterliegenden Erwerb, so anerkennt es damit zugleich, daß sich der abgeleitete Erwerb des Anwärters in diesem Falle schon mit der Erlangung der Anwartschaft auf das ius futurum und somit nicht erst mit dem Eintritte des Anfangstermins vollzieht.

b) Zu demselben Ergebnis führt die Heranziehung der auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs sich beziehenden Vorschriften der §§ 892, 893 BGB.[26]). Erfolgt also z. B. unter Beifügung einer aufschiebenden Befristung die Bestellung eines Erbbaurechtes, einer Grunddienstbarkeit[27]), einer Hypothek, Grund-

[26]) § 893 verhält sich zu § 892 im wesentlichen ebenso wie § 2367 zu § 2366; vgl. mein Erbrecht II S. 163 Anm. 22.

[27]) Von der unter Beifügung eines Anfangstermins erfolgenden Bestellung einer persönlichen Dienstbarkeit wird an dieser Stelle deshalb abgesehen, weil die in Aussicht genommene persönliche Dienstbarkeit zur Wirksamkeit nur gelangen kann, wenn der Anwärter den Anfangstermin erlebt, und in der Befristung also zugleich auch eine Bedingung enthalten ist.

Digitized by Google

ſchuld, Rentenſchuld, eines dinglichen Vorkaufsrechtes, einer Reallaſt, oder erfolgt, ſoweit die genannten Rechte abgetreten[28]) oder belaſtet werden können, in gleicher Weiſe die Abtretung oder Belaſtung eines ſolchen Rechtes durch einen Nichtberechtigten, ſo erlangt der Erwerber bei Vorhandenſein der Schutzvorausſetzungen der §§ 892, 893 die in Frage kommende Rechtsanwartſchaft kraft des ihm zuſtatten kommenden öffentlichen Glaubens des Grundbuchs.

c) Soweit im Fahrnisrecht ein Erwerb auf Grund der Verfügung eines Nichtberechtigten ſtattfindet (vgl. beſonders §§ 932 bis 936, 1207, 1208 BGB.), greift er ſicherlich auch durch, wenn ein Nichtberechtigter bei Vorhandenſein der allgemeinen Schutzvorausſetzungen einem Anderen mit Beifügung einer aufſchiebenden Befriſtung ein Recht überträgt oder beſtellt. Dies iſt, obſchon es an ſo weitgefaßten Beſtimmungen, wie ſie die §§ 2366, 2367 hinſichtlich des öffentlichen Glaubens des Erbſcheins, und die §§ 892, 893 hinſichtlich des auf dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs beruhenden Schutzes enthalten, auf dem Gebiete des Fahrnisrechtes fehlt, aus § 161 Abſ. 3 in Verbindung mit § 163 BGB. zu erſchließen. Denn nach dieſer auch für das Gebiet des Fahrnisrechtes maßgebenden Beſtimmung finden die Vorſchriften zum Schutze derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, auf die uns hier beſchäftigende Anwartſchaft entſprechende Anwendung. Zunächſt nach der Richtung hin, daß die rechtswirkſam entſtandene Anwartſchaft infolge des Eingreifens jener Vorſchriften ihre Wirkſamkeit einbüßen kann, und daß dann dem bisherigen Anwärter der kondiktionenrechtliche Schutz nach § 816 Abſ. 1 BGB. zu teil wird. Wird aber unſer Anwärter in dieſer Beziehung auch im Fahrnisrecht als ein bereits Berechtigter behandelt, über deſſen Rechtsſtellung ein Nichtberechtigter verfügt, ſo müſſen auch für den Erwerb dieſer Rechtsſtellung die fahrnisrechtlichen Vorſchriften

[28]) Hinſichtlich der Übertragung des Erbbaurechtes iſt zu beachten, daß § 925 Abſ. 2 auch für ſie maßgebend iſt; vgl. § 1017.

Digitized by Google

über den Schutz des gutgläubigen Erwerbes zur Anwendung gebracht werden.

4. Ist auf Grund der mit Beifügung eines Anfangstermins getroffenen Verfügung eine Rechtsanwartschaft zur Entstehung gelangt, so wächst sie sich mit dem Verlaufe der vor dem Anfangstermin liegenden Zeit von selbst und somit, ohne daß es dazu eines neuerlichen Übertragungs-, Bestellungsaktes bedarf, und ungeachtet der inzwischen etwa erfolgten Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Verfügenden, zu dem bisher nur eventuellen Rechte aus. Was sich bereits aus der Ausführung unter Z. 1 und 2 ergeben hat, wird durch die Betrachtung dieses Vorganges bestätigt. Obschon die Rechtsstellung des Erwerbers infolge des Ausreifens der Anwartschaft zum vollen Rechte eine Veränderung erfährt, so kann diese doch keinesfalls auf einem erst mit dem Eintritte des Anfangstermins vor sich gehenden abgeleiteten Erwerbe beruhen. Einer solchen Annahme steht zweifaches entgegen:

a) Soweit die Vorschriften über den abgeleiteten Erwerb durchgreifen, kann der auf Grund einer Rechtsübertragung Erwerbende niemals mehr Recht erlangen als derjenige, in dessen Recht er eintritt, zur Zeit der Rechtsnachfolge selbst hatte.

In den Fällen der mit Beifügung eines Anfangstermins vorgenommenen Rechtsübertragung stellt sich aber das dem Erwerber mit dem Eintritte des Anfangstermins zukommende Recht immer als stärker heraus als dasjenige Maß von Recht, welches dem Übertragenden nach der Vornahme des Übertragungsaktes bis zum Eintritte des Anfangstermins verblieb. Denn während dieser Zeit hatte der Übertragende nur mehr ein durch die Anwartschaft des Erwerbers, sowohl hinsichtlich des Könnens als auch hinsichtlich des Dürfens beschränktes und gelähmtes und dem inneren Absterben verfallenes Recht, wogegen das für den Erwerber aus der schon vorher erlangten Anwartschaft sich entfaltende Recht dieser Einschränkung selbstverständlich nicht unterliegt und daher auch nicht aus jenem beim Übertragenden nach dem Übertragungsakte noch verbliebenen residuum von Rechtsmacht abgeleitet sein kann.

Digitized by Google

b) Durch die mit Beifügung eines Anfangstermins erfolgte Übertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache sowie durch die in Ansehung einer beweglichen Sache oder eines Grundstücks in gleicher Weise vorgenommene Bestellung eines beschränkten dinglichen Rechtes wird der Übertragende, Bestellende nicht gehindert, das Eigentum an der beweglichen Sache nach § 959 und das Eigentum am Grundstück nach § 928 BGB. aufzugeben[29]). Die Vorschrift des § 161 Abs. 1 greift hier also aus dem Grunde nicht ein, weil in dem Verzichte des bisher Berechtigten auf das ihm verbliebene Maß von Recht eine die Rechtsstellung des Anwärters beeinträchtigende Verfügung über die Sache nicht gelegen ist. Muß aber hiernach als möglich erachtet werden, daß der Übertragende, Besteller, was er an Recht noch hatte, vor dem Eintritte des Anfangstermins durch Verzicht eingebüßt hat, so gelangt man abermals zum Schlusse, daß die mit dem Anfangstermin vor sich gehende Verwandlung der Anwartschaft in das bisher erwartete Recht selbst *nur eine Folge des durch die Erlangung der Anwartschaft bereits gemachten abgeleiteten Erwerbes*[30]) ist.

VI. Unsere Erörterung wendet sich nunmehr der unter einer aufschiebenden *Bedingung* vorgenommenen Rechtsübertragung bezw. Rechtsbestellung zu. Ohne Zweifel erlangt der Verfügungs-

[29]) Vgl. aber doch auch §§ 1071, 1276 BGB., zufolge deren ein mit einem Nießbrauch oder mit einem Pfandrechte belastetes Recht durch Rechtsgeschäft nur mit Zustimmung des Nießbrauchers bezw. Pfandgläubigers aufgehoben werden kann. Dasselbe wird auch zu gelten haben, wenn die Bestellung des Nießbrauchs, des Pfandrechtes unter Beifügung eines Anfangstermins oder einer aufschiebenden Bedingung erfolgt ist.

[30]) Durch das im Texte Gesagte ist übrigens nicht ausgeschlossen, daß eine nach Vornahme der unter Beifügung eines Anfangstermins getroffenen Verfügung eintretende *Verbesserung der Rechtsstellung des Verfügenden dem Anwärter zustatten kommt*. Beispiel: Nachdem der Grundstückseigentümer einem Anderen in der angegebenen Weise eine Hypothek bestellt hat, erwirbt er für sein Grundstück eine Grunddienstbarkeit. Mit Rücksicht auf § 96 BGB. verbessert sich hierdurch ohne Zweifel auch die Stellung des Hypothekars. Ganz dasselbe würde aber auch zutreffen, wenn die Bestellung der Hypothek ohne Beifügung eines Anfangstermins erfolgt wäre.

Digitized by Google

empfänger durch solche Verfügung zunächst nur eine Anwartschaft auf dasjenige Recht, dessen Verwirklichung von der Bedingung abhängig gemacht ist, und kommt ihm die diesem Rechte entsprechende Stellung erst mit der Erfüllung der Bedingung und keinesfalls nach rückwärts hin schon mit der Vornahme der bedingten Verfügung zu. Um was es sich handelt, ist also allein, *ob sich nicht auch hier schon die Erlangung der Anwartschaft als ein vom Verfügungsempfänger gemachter abgeleiteter Erwerb darstellt*, so daß sich aus ihm das erwartete Recht mit dem Eintritte der Bedingung als ein grundsätzlich[31]) auf demjenigen Rechte, welches der Verfügende zur Zeit der Verfügung hatte, und nicht auf demjenigen, welches ihm nach der Verfügung verblieb, beruhendes entwickelt.

Für die Entscheidung ist von ausschlaggebender Bedeutung, und zwar in noch viel höherem Maße als bei den unter Beifügung eines Anfangstermins getroffenen Verfügungen, daß Gegenstand des abgeleiteten Erwerbes nicht nur ausgewachsene subjektive Rechte, sondern auch Rechtsstellungen sein können, die subjektive Rechte nicht sind, oder als solche doch gemeiniglich nicht angesprochen werden. So sind insbesondere auch sogenannte bedingte Berechtigungen grundsätzlich vererblich und übertragbar[32]). Ein interessantes Beispiel[33]) hierfür liefert die Vorschrift des § 976 Abs. 1 BGB. Bekanntlich erwirbt der redliche Finder mit dem Ablaufe der im § 973 bestimmten Jahresfrist unter gewissen Voraussetzungen das Eigentum an der gefundenen Sache. Ob es zu diesem Erwerbe kommt, hängt von zukünftigen ungewissen Umständen ab. Dessenungeachtet ist die rechtliche Aussicht des Finders auf den Erwerb des Eigentums nicht nur vererblich, sondern sie geht in dem in § 973 Abs. 1 bezeichneten Falle von Rechts wegen auf die Gemeinde des Fundortes über, und das Gesetz bezeichnet dabei als das, was übergeht, ganz unbefangen „*das Recht zum*

[31]) Vgl. hierzu Anm. 30.
[32]) Dies ist allgemein anerkannt; vgl. aber doch oben Anm. 16.
[33]) Vgl. auch *Enneccerus*, Rechtsgeschäft S. 603.

Digitized by Google

Erwerbe des Eigentums an der Sache". Selbst wenn man es vorsichtig vermeidet, aus der vom Gesetz gewählten Ausdrucksweise weitere Schlüsse zu ziehen, so drängt sich doch folgende Erwägung auf: Wenn eine Rechtsstellung so beschaffen ist, daß sie als Nachlaßaktivum vererbt werden und auch unter Lebenden auf einen Anderen übergehen kann, so muß doch auch schon die Begründung dieser Rechtsstellung einen Erwerb bedeuten. Erfolgt diese Begründung aber durch Verfügung, so müssen für den hierdurch vermittelten Erwerb die Vorschriften über die Rechtsableitung von dem Rechte des Verfügenden maßgebend sein.

Die Rechtsstellung des kraft rechtsgeschäftlicher Verfügung bedingt Berechtigten besteht nun darin, daß ihm der Erwerb des in Aussicht gestellten Rechtes als ein mit der Erfüllung der Bedingung von selbst eintretender nach Maßgabe der §§ 160, 161 gesichert ist. Ob diese Anwartschaft — und darin unterscheidet sie sich von der auf nur betagter Verfügung beruhenden — überhaupt zur Verwirklichung gelangen wird, ist vorläufig ungewiß. Möglicherweise stellt sie sich als Niete heraus, und praktische Bedeutung hat sie für den Anwärter nur für den Fall, daß die Bedingung erfüllt wird. Im Hinblick auf diese Möglichkeit stellt die Rechtsordnung die Anwartschaft des bedingt Berechtigten derart unter ihren Schutz, daß sie schon hinsichtlich der Zeit während des Schwebens der Bedingung zu Lasten des Verfügenden und selbst dritter Personen und zugunsten des Anwärters die in den §§ 160, 161 BGB. (in Verbindung mit §§ 816, 823) bestimmten Rechtsfolgen in gleicher Weise eintreten läßt, wie sie es zur Sicherung der auf betagter Verfügung beruhenden Anwartschaft hinsichtlich der Zeit vor dem Eintritte des Anfangstermins tut.

Dies ist übrigens keine vereinzelte Erscheinung. Es kommen vielmehr auch sonst Rechtsstellungen und darunter auch subjektive Rechte im technischen Sinne vor, die praktischen Inhalt erst dadurch erhalten, daß ein künftiger, vorläufig noch ungewisser Umstand dem Inhaber der Rechtsstellung die Möglichkeit verschafft, den ihm im

Digitized by Google

voraus zur Verfügung gestellten rechtlichen Schutzapparat zur Verwendung zu bringen.

So verhält es sich vor allem mit dem dinglichen Vorkaufsrecht des § 1094 BGB. Die den wesentlichen Inhalt dieses Rechtes bildende Befugnis wird nur ausgelöst, wenn der Eigentümer in Ansehung des belasteten Grundstücks mit einem Dritten einen Kaufvertrag abschließt, auf den sich das Vorkaufsrecht nach Maßgabe der gesetzlichen Vorschriften und nach der lex contractus erstreckt. Tritt ein solcher Fall während der meist engbegrenzten Lebensdauer des Vorkaufsrechtes (vgl. § 514 BGB.) überhaupt nicht ein, so erlischt dieses, ohne jemals praktisch geworden zu sein.

Eine ähnliche Bewandtnis hat es mit der in Abs. 2 von § 1113 und in § 1209 BGB. ausdrücklich für zulässig erklärten Bestellung einer Hypothek oder eines Pfandrechtes an einer beweglichen Sache für eine künftige oder bedingte Forderung. Was zunächst eine derartige Hypothekbestellung betrifft, so unterscheidet sich die durch sie geschaffene Rechtslage von der aus einer bedingten Hypothekbestellung sich ergebenden zwar offenbar dadurch, daß die Hypothek in jenem Falle, sobald feststeht, daß die Forderung nicht mehr zur Entstehung gelangen kann, Eigentümerhypothek wird (§ 1163 Abs. 1 BGB.), während in diesem Falle durch die Vereitelung der Erfüllung der Bedingung herausgestellt wird, daß eine Hypothek überhaupt nicht und somit auch keine Eigentümerhypothek zur Entstehung gelangt ist[34]). Legt man sich jedoch die Frage vor, was jene Rechtslage, solange noch ungewiß ist, ob die Forderung, zu deren Sicherung die Hypothek bestellt ist, zur Entstehung gelangen werde, für den eingetragenen Hypothekar bedeutet, so wird man zugestehen müssen, daß sie sich für ihn nur als rechtlich gesicherte Anwartschaft projiziert, deren Verwirklichung von der Entstehung der Forderung abhängig ist, und daß sie den anwartschaftlichen Charakter somit mit der auf bedingter Hypothekbestellung beruhenden Rechtsstellung gemein hat. In gleicher Weise ist für

[34]) Vgl. auch Planck, Kommentar III Erl. 5 zu § 1113.

Digitized by Google

die Dauer der bezeichneten Ungewißheit die Stellung desjenigen zu bestimmen, welchem eine bewegliche Sache für eine künftige oder bedingte Forderung verpfändet worden ist. Die Ähnlichkeit mit dem Falle der bedingten Verpfändung einer beweglichen Sache drängt sich hier sogar noch viel unmittelbarer auf, weil im Fahrnisrechte eine der hypothekenrechtlichen Bestimmung des § 1163 Abs. 1 entsprechende Vorschrift fehlt.

Ungeachtet des anwartschaftlichen Charakters der eben besprochenen Rechtsstellungen und ungeachtet des Umstandes, daß deren praktischer Gehalt von der ungewissen Gestaltung der Zukunft abhängig ist, behandelt die Rechtsordnung sie doch als gegenwärtige Rechte und läßt sie den abgeleiteten Erwerb des Inhabers der Rechtsstellung schon mit der Perfektion des Bestellungsgeschäftes eintreten. Demgemäß leitet der Vorkaufsberechtigte, sowie der in Ansehung einer künftigen oder bedingten Forderung sichergestellte Hypothekar bezw. Pfandgläubiger seine Rechtsstellung grundsätzlich von derjenigen Rechtsstellung ab, welche dem Besteller zur Zeit der Bestellung zukam, bestimmt sich nach dieser Zeit der dem Hypothekar bezw. Pfandgläubiger zukommende Rang (§§ 879, 1209 BGB.), und vermitteln die Vorschriften über den Erwerb auf Grund einer Verfügung des Nichtberechtigten dem Verfügungsempfänger den Erwerb der bezeichneten Rechtsstellungen[35]) schon mit dem Zeitpunkte, in welchem sich im Falle der Vornahme der Verfügung durch den Berechtigten die Rechtsableitung von dessen Rechte vollziehen würde (vgl. §§ 892, 1208, 1209 BGB.).

Bei der auf bedingter Verfügung beruhenden Anwartschaft kann es sich nicht anders verhalten. Zu diesem Ergebnis führt übrigens nicht nur ein Analogieschluß, es läßt sich auch selbständig

[35]) Dies wird besonders wichtig, wenn ein Nichtberechtigter für künftige oder bedingte Forderungen eine Höchstthypothek im Sinne des § 1190 BGB. bestellt hat. Hier kommt dem Hypothekar, dafern nur die Voraussetzungen des § 892 BGB. vorliegen, der auf dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs beruhende Schutz sofort zustatten, auch wenn noch keine der in Aussicht genommenen Forderungen zur Entstehung gelangt ist.

Digitized by Google

gewinnen. Auch die unter einer aufschiebenden Bedingung getroffene Verfügung ist Verfügung im technischen Sinne mit schon für die Zeit vor der Erfüllung der Bedingung durchgreifenden Rechtsfolgen. Sie stellt schon sofort die rechtliche Wirksamkeit von Verfügungen, die vom Urheber der bedingten Verfügung nach dieser vorgenommen worden sind, in Frage und führt daher auch schon sofort zu einer Einschränkung seines rechtlichen Könnens. Denn während jener die hier in Frage kommenden Verfügungen, dafern ihnen die bedingte Verfügung nicht vorangegangen wäre, schlechthin hätte treffen können, kann er sie infolge der durch die bedingte Verfügung gegebenen Rechtslage für den Fall der Erfüllung der Bedingung schon jetzt insoweit nicht mehr wirksam treffen, als sie das von der Bedingung abhängig gemachte Recht vereiteln oder beeinträchtigen würden (§ 161). Infolge der bedingten Verfügung tritt ferner nach § 160 und zwar ebenfalls sofort nach ihrer Vornahme eine Minderung des rechtlichen Dürfens des Urhebers der Verfügung ein. Denn, was dieser bisher kraft seines ihm in Ansehung des Gegenstandes der bedingten Verfügung zukommenden Rechtes schlechthin durfte, darf er nun insoweit nicht mehr, als sein Tun zu einer Vereitelung oder Beeinträchtigung der Anwartschaft des bedingt Berechtigten führen würde. Obschon die Erfüllung der Bedingung nicht zur Folge hat, daß das von der Bedingung abhängig gemachte Recht selbst als ein schon zur Zeit der Vornahme des Verfügungsgeschäftes entstandenes zu gelten habe, so schafft die bedingte Verfügung doch nach den bezeichneten Richtungen hin einen rechtlich bedeutsamen Schwebezustand und vermittelt sie dem bedingt Berechtigten einen im Falle der Erfüllung der Bedingung als wirksam sich erweisenden sofortigen Erwerb[36]), der seine Festigung auch noch dadurch erhält, daß der Rang des in Aussicht stehenden Rechtes durch die

[36]) Vgl. übrigens auch Enneccerus, Lehrbuch I S. 462, der wie die Anwartschaft aus betagter Verfügung, so auch die aus bedingter Verfügung schon als subjektives Recht im technischen Sinne konstruiert.

Digitized by Google

bedingte Verfügung schon im voraus festgelegt ist. Knüpfen sich aber an die bedingte Verfügung schon sofortige Verfügungswirkungen, so kann der durch sie vermittelte abgeleitete Erwerb grundsätzlich nur von dem dem Verfügenden zur Zeit der Verfügung zukommenden Rechte abgeleitet sein und müssen ihm — wie durch die §§ 893, 1208, 2367 auch unzweideutig bestätigt wird — die Vorschriften zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten ableiten, schon sofort zustatten kommen.

Tritt späterhin die Bedingung ein, so ist die sich hierbei ergebende Rechtslage genau dieselbe wie im Falle einer unbedingt, aber mit Beifügung eines Anfangstermins getroffenen Verfügung beim Eintritte des Anfangstermins. Dem Verfügungsempfänger erwächst also aus der bisherigen Anwartschaft von selbst das erwartete Recht. Die Erklärung dieses Vorgangs aus einer erst jetzt sich vollziehenden Rechtsnachfolge in das Recht des Bestellers ist aus denselben Gründen ausgeschlossen, aus welchen sich die Unmöglichkeit der Erklärung des analogen Vorgangs im Falle einer mit Beifügung eines reinen Anfangstermins erfolgten Rechtsübertragung oder Rechtsbestellung bereits ergeben hat: Verzichtet ein Grundstückseigentümer, nachdem er einem Anderen an seinem Grundstück unter einer aufschiebenden Bedingung ein Erbbaurecht, eine Dienstbarkeit oder eine Hypothek bestellt hat, auf das Eigentum am Grundstück nach § 928, so verwirklicht sich mit dem Eintritte der Bedingung trotzdem die Anwartschaft des bedingt Berechtigten, aber selbstverständlich nicht auf dem Wege der Rechtsableitung aus einem zur Zeit der Erfüllung der Bedingung nicht mehr vorhandenen Rechte.

VII. Das kurze Ergebnis der bisherigen Ausführung ist, daß sich die auf Grund betagter oder bedingter Verfügung eintretende Rechtsnachfolge grundsätzlich schon mit der Perfektion des Verfügungsgeschäftes und keinesfalls erst mit dem Eintritte des Termins, der Erfüllung der Bedingung vollzieht. Demgemäß gehört daher auch der Anwärter aus einer betagten oder bedingten Verfügung zu denjenigen Rechtsnachfolgern des Verfügenden, für und

Digitized by Google

gegen welche das in einem über den Gegenstand der bedingten Verfügung zwischen dem Verfügenden und einem Dritten geführten Prozesse ergangene Urteil nach § 325 Abs. 1 CPO. wirkt, nicht, wenn das Verfügungsgeschäft schon vor dem Eintritte der Rechtshängigkeit vollendet war, mag auch der Termin erst nachträglich eingetreten, die Bedingung erst nachträglich erfüllt worden sein.

Obschon sich dieses Ergebnis in direkten Gegensatz zur herrschenden Lehre stellt, so dürfte es doch an einer Brücke zur Verständigung nicht fehlen. Denn, was zunächst Planck betrifft, so scheint er selbst eine Lösung für wünschenswert zu halten, welche die Nichterstreckung des § 325 Abs. 1 CPO. auf unsere Anwärter ermöglicht. Hellwig aber hat sich in einem wichtigen Kapitel seines Werkes über die Rechtskraft S. 253 ff. der in der vorliegenden Abhandlung vertretenen Auffassung bereits in dem Maße genähert, daß sie in dessen eigenen Ausführungen ausgiebigste Unterstützung findet.

Nach Hellwig, a. a. O. S. 256 wird der zur Sicherung eines Anspruchs der im § 883 BGB. bezeichneten Art grundbücherlich Vorgemerkte „durch die Erlangung des Vormerkungsrechts Rechtsnachfolger desjenigen, dessen Recht mit der Vormerkung belastet wird". Auf Grund dieser kaum zu bestreitenden Prämisse gewinnt Hellwig S. 257 den unabweisbaren Schluß, daß dem Vorgemerkten der ungünstige Ausgang eines zwischen dem Vormerkungsbelasteten und einem Dritten in Ansehung des mit der Vormerkung belasteten Gegenstandes geführten Prozesses dann nicht schaden kann, wenn die Vormerkung zur Zeit des Prozeßbeginns bereits eingetragen war. Indem sich der Verfasser dieser Abhandlung hiermit vollständig einverstanden erklärt[37]), muß er aber doch zugleich daran erinnern, daß die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung eines betagten oder bedingten Anspruchs auf Einräumung eines Grundstücksrechtes

[37]) Dies entspricht auch durchaus den Ergebnissen meines Dekanatsprogramms von 1904: Kommt dem Vorgemerkten der öffentliche Glaube des Grundbuchs zustatten?

Digitized by Google

— und Hellwigs Ausführungen beziehen sich auch auf diese Fälle — doch unmöglich stärker wirken kann als die mit Beifügung eines Anfangstermins oder einer Bedingung erfolgte Rechtseinräumung selbst. Die Vormerkung zur Sicherung eines Anspruchs auf Rechtsübertragung oder Rechtsbestellung bedeutet im Verhältnis zur betagten oder bedingten Rechtsübertragung und Rechtsbestellung immer ein minus, wie sich am allerbesten daraus ergibt, daß die wirksame Vornahme einer betagten oder bedingten Auflassung ausgeschlossen, die Vormerkung eines eventuellen Anspruchs auf Eigentumsübertragung (als das minus gegenüber jenem maius) dagegen zulässig ist. Wenn sich also Hellwig zur Meinung bekennt, daß der Vorgemerkte schon infolge der Vormerkung Rechtsnachfolger des Vormerkungsbelasteten wird, gibt er damit implicite zu, daß, soweit die Vorschriften über Rechtsableitung überhaupt durchgreifen, auch die betagte oder bedingte Rechtsübertragung und Rechtsbestellung einen sofort eintretenden abgeleiteten Erwerb des Anwärters vermittelt.

VIII. Die bereits im Eingange erwähnte Schrift von Walsmann behandelt unser Thema nicht ex professo, sondern streift es nur. Die mit Beifügung eines Anfangstermins getroffenen Verfügungen bleiben dabei unerörtert, und nur den bedingten Verfügungen werden einige gelegentliche Bemerkungen gewidmet.

Der Verfasser stellt zwei Beispielsfälle einander gegenüber (vgl. S. 156/7) und gelangt auf Grund derselben zu dem Ergebnis, daß die Entscheidung der Frage, ob das in dem zwischen dem Verfügenden und dem Dritten geführten Prozesse, dessen Beginn in die Zeit nach der bedingten Verfügung und vor der Erfüllung der Bedingung fällt, ergangene rechtskräftige Urteil gegen den Anwärter wirke, wesentlich davon abhänge, ob die vom Dritten zur Geltendmachung seines, die Rechtsstellung des Anwärters beeinträchtigenden Rechtes vorgebrachten Tatsachen der Zeit vor oder der Zeit nach der Begründung der Anwartschaft angehören. In jenem Falle müsse der Anwärter die Rechtskraftwirkung gegen sich gelten lassen, in diesem dagegen nicht.

Der zweite Teil dieser Entscheidung wird darauf gestützt, daß eine Rechtsordnung, die den Anwärter in der im § 161 bezeichneten Weise gegen beeinträchtigende Verfügungen schützt, die der Urheber der bedingten Verfügung nach dieser vorgenommen hat, gegen den Anwärter nicht ein in einem Prozesse der hier in Frage kommenden Art ergangenes Urteil gelten lassen könne, das einem Dritten auf Grund einer vom Auktor des Anwärters getroffenen und nach § 161 unwirksamen Verfügung ein die Verwirklichung der Anwartschaft vereitelndes oder beeinträchtigendes Recht zuspricht. In Fällen solcher Art müsse daher die Rechtsnachfolge des Anwärters in das Recht des Auktors mit Rücksicht auf § 161 schon auf den Zeitpunkt der Vornahme des Verfügungsgeschäftes verlegt werden. Beruhe dagegen das dem Dritten im rechtskräftigen Urteil zugesprochene Recht auf Tatsachen, die der bedingten Verfügung vorangegangen sind, so sei eine Zurückverlegung des abgeleiteten Erwerbes des Anwärters auf den Zeitpunkt der Vornahme der bedingten Verfügung nicht angebracht, und trete daher auch die Rechtskraftwirkung gegen den Anwärter ein.

An dieser Darlegung ist so viel richtig, daß der Eintritt der Rechtskraftwirkung gegen den Anwärter bei der zuerst besprochenen Sachlage zu ganz besonders krassen und der Absicht des Gesetzes offenbar zuwiderlaufenden Ergebnissen führen müßte[38]). Unhaltbar

[38]) In Anknüpfung an Walsmann S. 157, aber in freier Umgestaltung des von ihm angenommenen Sachverhaltes soll folgender Fall vorgelegt werden: A hat seinen Hund dem B unter Beifügung einer aufschiebenden Bedingung zu Eigentum übertragen und dabei den Hund auch dem B übergeben. Allein der Hund läuft einige Zeit darauf von B wieder fort und kehrt zu seinem früheren Herrn zurück. Dieser veräußert ihn durch constitutum possessorium an den C und wird, weil er die Herausgabe des Hundes unter nichtigen Vorwänden verweigert hatte, von C verklagt. Laut des ergangenen rechtskräftigen Urteils ist A zur Anerkennung des klägerischen Eigentums und zur Herausgabe des Hundes verurteilt worden. Im Laufe des Prozesses war die von A vorgenommene bedingte Eigentumsübertragung an B überhaupt nicht zur Sprache gekommen. Nachdem C in der angegebenen Weise den Besitz des Hundes erlangt hat, macht B mit Berufung darauf, daß die Bedingung der an ihn erfolgten Eigentumstradition soeben erfüllt sei, gegen den C den Eigentumsanspruch geltend. C beruft sich dem gegenüber auf das gegen den A erstrittene Urteil.

Digitized by Google

ist es dagegen, wenn Walsmann den Zeitpunkt der Rechtsnachfolge des Anwärters in das Recht des Auktors nach Maßgabe der Zeit bestimmt wissen will, welcher die Tatsachen angehören, auf die sich der Dritte gestützt hat. Die Frage nach dem Zeitpunkte der Rechtsnachfolge des Anwärters kann nur aus materiellrechtlichen Gesichtspunkten beantwortet werden und hat mit dem prozessualen Vorbringen des Dritten gar nichts zu schaffen. Die von Walsmann gegebene Lösung ist außerdem praktisch ganz undurchführbar. Denn der mit dem Auktor prozessierende Dritte ist vor allem in keiner Weise genötigt, hinsichtlich der von ihm vorgebrachten Tatsachen genaue Zeitangaben zu machen, aus denen zu entnehmen wäre, in welchem zeitlichen Verhältnisse diese Tatsachen zu der vom Auktor schon vor dem Beginn des Prozesses vorgenommenen bedingten Verfügung stehen. Selbst wenn aber der Dritte solche Angaben gemacht haben würde, und wenn diese in die Entscheidungsgründe zum ergangenen Urteil übergegangen wären, so könnte dies doch daran nichts ändern, daß nur die Entscheidung über das Recht des Dritten in Rechtskraft erwächst, während eine materiell oder prozessual in Betracht kommende Entscheidung über die Zeit, in welche die erwähnten Tatsachen fallen, nicht vorliegt. Walsmann übersieht endlich, daß der Anwärter infolge des Eingreifens der Vorschriften über den Erwerb vom Nichtberechtigten auf Grund der bedingten Verfügung eine wirksame Anwartschaft selbst dann erlangt haben kann, wenn der Urheber dieser Verfügung sein Recht schon vorher einem Dritten übertragen hatte. Hier läßt uns die Lehre Walsmanns ganz im Stiche. Denn ein Erwerb nach den berufenen Vorschriften kann nur in Frage kommen, wenn die Sachlage so beschaffen ist, daß ein abgeleiteter Erwerb aus dem Rechte des Verfügenden vorläge, dafern der Verfügende der Berechtigte wäre. Nun lehnt aber Walsmann eine zugunsten des Anwärters schon mit dem Zeitpunkte der bedingten Verfügung eintretende Rechtsnachfolge durchaus ab, wenn sich der Dritte auf in die Zeit vor der Vornahme der bedingten Verfügung fallende Tatsachen stützt. In Konsequenz dieses Standpunktes muß er

Digitized by Google

daher in unserem Falle der Absicht des Gesetzes zuwider dem Anwärter auch die Berufung auf die Vorschriften über den Erwerb auf Grund der Verfügung eines Nichtberechtigten versagen.

Die Ausführungen Walsmanns vermögen also die vorhin herausgestellten Ergebnisse nicht zu erschüttern, sondern bestätigen vielmehr, daß eine befriedigende Lösung unseres Problems nur auf dem in dieser Abhandlung eingeschlagenen Wege zu gewinnen ist.

B. Rechtsnachfolge des Rückfallsberechtigten beim Eintritte eines Endtermins oder einer auflösenden Bedingung?

Die durch die Überschrift angedeutete und genauer dahin zu fassende Frage, ob, wer einem Anderen ein Recht unter Beifügung eines Endtermins oder einer auflösenden Bedingung übertragen hatte[39]), mit dem Eintritte des Termins, mit der Erfüllung der auflösenden Bedingung Rechtsnachfolger des bisher Berechtigten werde, wird fast allgemeint verneint[40]). Damit ist zugleich auch die Frage verneint, ob das in einem zwischen dem derzeit Berechtigten und einem Dritten über das in Betracht kommende Recht geführten und vor dem Eintritte des Termins, vor der Erfüllung der Bedingung begonnenen Prozesse ergangene rechtskräftige Urteil nach § 325 Abs. 1 CPO.[41]) für und gegen den Rückfallsberechtigten wirke.

Eine Sonderstellung nimmt nur Hellwig, Rechtskraft S. 111 und Zivilprozeßrecht I S. 276 ff. ein, der die gestellten Fragen mit voller Bestimmtheit bejaht. Für ihn ist maßgebend, daß der beim Eintritte des Endtermins, der auflösenden Bedingung Rückfallsberechtigte sich vor diesem Eintritte wesentlich in derselben Stellung

[39]) Auf die rechtliche Natur der Nacherbfolge wird hier nicht eingegangen.

[40]) Belege sind überflüssig, doch mag auf die Nachweisungen bei Hellwig, Rechtskraft S. 111 Anm. 5, verwiesen werden.

[41]) Die auf die Prozeßführung des Vorerben sich beziehenden Sonderbestimmungen des § 326 CPO. interessieren hier nicht.

Digitized by Google

befinde wie derjenige, welchem ein Recht unter Beifügung eines Anfangstermins oder einer aufschiebenden Bedingung übertragen worden ist. Die nahe Verwandtschaft der beiden Gestaltungen ist ohne weiteres zuzugeben und tritt mit besonderer Deutlichkeit hervor, wenn ein Berechtigter, nachdem er sein Recht, etwa eine Rentenschuldberechtigung, unter Beifügung eines Anfangstermins oder einer aufschiebenden Bedingung an den A abgetreten hatte, eine weitere Abtretung an den B vornimmt, zufolge deren der bei der ersten Abtretung bestimmte Anfangstermin, bezw. die dabei bestimmte aufschiebende Bedingung den Endtermin bezw. die auflösende Bedingung für das Recht des B bilden soll[42]).

Für diejenigen, welche bei aufschiebend betagten oder bedingten Verfügungen den abgeleiteten Erwerb des Anwärters erst mit dem Anfangstermin, der Erfüllung der Bedingung eintreten lassen[43]), dürfte es schwer sein, der dargelegten Auffassung Hellwigs mit Erfolg entgegenzutreten. Beurteilt man die Frage dagegen von demjenigen Standpunkte aus, welcher im ersten Teile dieser Abhandlung vertreten worden ist, so entfällt jede Schwierigkeit und gestaltet sich die Auseinandersetzung mit Hellwig überaus einfach. Nach dessen Lehre würde A im vorgelegten Falle mit dem Eintritte des Termins, mit der Erfüllung der Bedingung Rechtsnachfolger des B werden. Allein gerade dies darf auf Grund der Ergebnisse unseres ersten Teiles als ausgeschlossen betrachtet werden. Denn ihnen zufolge ist A — soweit die Vorschriften über Rechtsableitung von dem Rechte des Verfügenden durchgreifen — schon zur Zeit der zu seinen Gunsten getroffenen Verfügung Rechtsnachfolger des Verfügenden geworden, und kann er daher als Rechtsnachfolger des B nicht in Betracht kommen.

Ganz besonders lehrreich wird aber unser Fall, wenn man sich den Verfügenden als Nichtberechtigten denkt. Nimmt man

[42]) Es ist klar, daß der A sich in diesem Falle ganz in derselben Rechtsstellung befindet, in der sich der Verfügende nach der Abtretung an den B selbst befinden würde, wenn er die frühere Abtretung an den A nicht vorgenommen hätte.

[43]) Vgl. darüber oben S. 140 (6).

Digitized by Google

dabei außerdem noch an, daß A zur Zeit der zu seinen Gunsten getroffenen Verfügung die Unrichtigkeit des Grundbuchs kennt, wogegen B diese Unrichtigkeit zu der für seinen Erwerb maßgebenden Zeit nicht kennt, so ist B durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs geschützt, während dem A gegenüber der Berichtigungsanspruch (vgl. § 894 BGB.) desjenigen begründet ist, welcher zur Zeit der vom Scheinberechtigten vorgenommenen Verfügung der wirklich Berechtigte gewesen ist. Die Annahme, daß A mit dem Eintritte des Termins, mit der Erfüllung der Bedingung Rechtsnachfolger des B werde, stellt sich also abermals als unhaltbar heraus[44]). Nimmt man aber in unserem Falle an, daß auch A die Unrichtigkeit des Grundbuchs nicht kannte, so hat er seine Anwartschaft schon zur Zeit der zu seinen Gunsten getroffenen bedingten oder betagten Verfügung kraft des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs erworben, und kann ihm, da sein Erwerb dem des B vorangeht, der Eintritt des Endtermins, die Erfüllung der auflösenden Bedingung erst recht nicht eine Rechtsnachfolge in das Recht des B vermitteln. Aus diesen Gründen ist daher der im Eingange dieses Abschnittes erwähnten herrschenden Meinung beizutreten.

[44]) Vgl. übrigens auch das in meinem Erbrecht I S. 11 Anm. 3 gegebene Beispiel.

Pierersche Hofbuchdruckerei Stephan Geibel & Co. in Altenburg.

Digitized by Google

WELLS BINDERY
WALTHAM MASS.
FEB. 1939

LAW LIBRARY
University of Michigan
3 5112 105 318 234

Digitized by Google